

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

**DECISÃO NO PROCESSO PENAL COMO *BRICOLAGE* DE
SIGNIFICANTES**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná.

**Orientador:
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

CURITIBA

2004

TERMO DE APROVAÇÃO

DECISÃO NO PROCESSO PENAL COMO *BRICOLAGE* DE SIGNIFICANTES

POR

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, no Curso de Pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Sérgio Urquhart Cademartori
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Salo de Carvalho
Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS

Prof. Dr. Luis Alberto Warat
Universidade de Brasília – UNB

Curitiba, 20 de dezembro de 2004

Agradecimentos

Aprendi que a vida é feita de significantes aderidos *in the long run*. Nesse caminho muitos estiveram e estão presentes. Uma caminhada pessoal que se iniciou na UFSC, na qual fui apresentado ao Garantismo por Sérgio Cademartori, à *criminologia* por Vera Andrade, à Wittgenstein por Cecília Caballero Louis, à *epistemologia* por Horácio Wanderley Rodrigues, ao Pluralismo Jurídico por Antônio Carlos Wolkmer, à Gramsci por Edmundo Lima de Arruda Júnior. Na época exercia, na forma da lei, a função de juiz estadual (SC) e acreditava, do alto da minha ingenuidade, que decidia alguma coisa, quando apenas adería aos conceitos fornecidos – *prêt-à-porter* – pelo *senso comum teórico* e suas indústrias (doutrina e jurisprudência). Um bate papo no final de uma tarde de janeiro de 2000, na Lagoa da Conceição, com Sérgio Cademartori e Lenio Streck, acabaram com minhas certezas, ridículas, ademais. Instalada a angústia e o desejo, o mestrado na CPGD-UFSC me proporcionou contato com a obra de Warat, Baratta, Heidegger, e daí, da solidez, restaram migalhas. O contato pessoal com Warat e seu carinho paciente – até hoje mantido – deixou-me *sem pai nem mãe*. Entendi, por fim, que me restava a linguagem, terreno pantanoso, desprovido da segurança ilusória de Platão e Descartes. Confesso que antes decidia mais feliz, porque acreditava poder dizer a verdade. Era saudoso, diria Shakespeare, dos “*meus dias de salada, quando eu era verde em julgamento e de sangue frio.*”¹ A doce ilusão feneceu, restando-me o gume da linguagem e suas manhas, como aponta Barthes. O doutorado na UFPR, o contato com a obra de Dussel, Freud, Lacan, Luiz Alberto Machado, Juarez Cirino dos Santos, Marcelo Cattoni, José Antônio Peres Gediél, Salo de Carvalho, Agostinho Ramalho Marques Neto, proporcionado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Aldacy Rachid Coutinho e Celso Ludwig, dentre outros, deram-me novos significantes, pelos quais a angústia mudou de foco, mas permaceu, com novos sabores. Este caminho chegou a uma encruzilhada, cujo resultado parcial encontra-se neste escrito, incapaz de dizer tudo, por básico.

Saramago escreveu um texto chamado ‘Todos os Nomes’², no qual apenas um personagem possui nome: José. Aqui, invertendo a lógica, agradeço aos que

¹ SHAKESPEARE, William. *A book of quotations*. Toronto: Dover Publications, 1998, p. 2.

² SARAMAGO, José. *Todos os nomes*. São Paulo: Planeta De Agostini, 2003.

seguem, cujo carinho e diálogo contínuos, inscreveram, em mim, significantes aderidos indelevelmente: Mario Luiz Ramidoff, Juan Carlos Vezzulla, André Luiz de Souza Costa, Cesar Luiz Pasold, Leonardo Wandelli, Clara Roman Borges, Edihermes Coelho, Carlos Bacila, Marquinho Marrafon, Dulce López, Allana Marques, Flávio Frassetto, Aramis Nassif, Amilton Bueno de Carvalho, Alexandre Wunderlich, Willis Guerra, Deise Krantz, Affonso Ghizzo Neto, Cláudio Figueiredo e Silva, Heloísa Estellita, Adelino Marcon, Evandro Piza, Edward Rocha de Carvalho, Lica, Vladimir da Luz, Sérgio Grazziano, Fernanda Lapa, Cláudio Gastão, Paulo Marques, Edna, Ruy Espíndola, Paulo de Tarso Brandão, Rogério Zuel Gomes, Jayne Abdala Bandeira e Jeffinho, Felipe Borring Rocha, Eduardo Appio, Felipe C. Moreira de Oliveira, Pedro Miranda, Patryck Ayala, Haradja, Tanica, Rosemary Silva, Jorge Andrade, Gilson Bonato, Túlio Lima Vianna, Andreia Coradi, Paolo Farris, Leandro Antunes Azevedo, Antônio Julião da Silva os colegas do Movimento Antiterror, Luís Guilherme Vieira, Geraldo Prado e Adauto Suannes. Aos interlocutores sempre atentos Alexandre Mendes, Jayne, Rafael Mendonça e Rafa Antonio.

Na rápida estada em Roma, a recepção do Prof. Luigi Ferrajolli, na manhã fria de Domingo (fevereiro de 2003), em sua residência, foi de fundamental importância. Em Barcelona, com Salo de Carvalho, flanando pelas “ramblas” e fuçando como ratos de livrarias, pude aprofundar minha admiração intelectual, em diálogos especiais.

De igual forma, existem outras pessoas especiais e instituições às quais não posso deixar de agradecer: Jussara, Sandra, Laura, Fátima e Cris, sempre sorridentes, da Pós-graduação da UFPR; aos servidores do Fórum de Joinville (SC), que me aturam no dia-a-dia, nem sempre de bom humor, muitas vezes absorto em devaneios, especialmente Rafael, Carla, Karol, Eliane e Daiana, sem os quais esta tese teria sido impossível: muito obrigado; ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina e aos colegas Juízes, em especial, Torres Maques, Amaral e Silva, Pedro Manoel Abreu, Nelson Schaefer Martins, José Carlos C. Kohler, Orli Rodrigues, Volnei Ivo Carlin, Otávio Minatto, Zoldan da Veiga, Renato Roberge, Hélio do Valle Pereira, Marcelo Pizolati, Leandro Passig Mendes, Eduardo Galllo e Juliano Bogo.

Merecem, ainda, um forte abraços os *outros*, iguais, que não ligam para esta tese, não irão lê-la, não estão nem aí, acham isto um saco e que me acompanha(ra)m nesta vida. Respeitar a diferença é o preço.

Dizem que a escolha do orientador importa. Como aconteceu no Mestrado, nesta tese, a *monstruosidade* teórica do Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho propiciou o aplacamento de minha *falta* na escrita, no debulhar dizendo o impossível. Paciente e acolhedor, mesmo na sua maratona diária, foi capaz de apontar democraticamente os caminhos a escolher. Nunca impôs uma maneira de pensar. Muito devo a ele, e dívida cujo *obrigado* é muito pouco, deixando-o com Pessoa: “*Segue o teu destino/ Rega as tuas plantas/ Ama as tuas rosas/ O resto é sombra/ De árvores alheias.*” Aqui, também, cabe destacar que duas cidades cismam de se (re)encontrar: Curitiba e Joinville. Jacinto, filho do Dr. Nelson e Dona Clemência, nascido em Joinville, veio estudar em Curitiba e aqui ficou. Eu, nascido em Floripa, quis a vida, trabalho em Joinville, tendo procurado em Curitiba – novamente – a excelência do ensino público e de qualidade da UFPR. Duas cidades, dois caminhos, que se encontram num só trilhar. Valeu...

Torço para que meus familiares sigam seus desejos. Aprendi a cada vez mais amar meus irmãos *Fábio, Gigi, Fefa e Aninha*. A esperança brilha com meu sobrinho *Alexandrinho* e meu afilhado *Antônio*. Pai e Mãe s(er)ão sempre Pai e Mãe.

Cláudia Janaina Moreira da Rosa, ‘Belinha’, que a vida me reservou, especialmente. Neruda exprime como somente os poetas conseguem o que sinto por ti: “*Depois de tudo te amarei/ como se fosse sempre antes/ como se de tanto esperar/ sem que te visse nem chegasses/ estivesse eternamente/ respirando perto de mim. ... Perto de ti é perto de mim/ e longe de tudo é tua ausência.*” Chega de dormir no sofá comigo ao computador. Vamos flamar...

Sumário

Introdução	1
Capítulo 1º – Psicanálise e Direito: primeiros encontros com Freud e Lacan	5
§ 1º – Primeiras possibilidades de ‘diálogo’	5
§ 2º – O retorno a Freud : <i>Totem e Tabu</i> e o <i>Incesto</i> como Lei Básica.	8
§ 3º – Complexo de <i>Édipo</i> e <i>Hamlet</i>	12
§ 4º – Lacan e o significante Nome-do-Pai.....	14
§ 5º – Lacan e o <i>Estádio do Espelho</i>	18
§ 6º – O Sujeito do Direito e o Cumpra! Ou: O Superego obriga: Goza! É seu papel	21
§ 7º – Legendre e o ‘ <i>Amor do Censor</i> ’	27
§ 8º – A influência da Herança Cristã no Direito contemporâneo	31
§ 9º – ‘A lei é a Lei’ e ponto final: cuidado ao interpretar, pode ser pecado	35
Capítulo 2º – Dussel, Modernidade e Epistemologia.....	39
§ 1º – <i>Modernidade</i> para quem? O desvelar dos excluídos e a <i>Transmodernidade</i> de Dussel	39
§ 2º – O Mito da <i>Modernidade</i> , os oprimidos e a <i>Transmodernidade</i> – Dussel	42
§ 3º – Conversa entre Bloch e Dussel ou: a esperança no devir factível.....	48
§ 4º – O discurso da ciência Moderna e sua função: a ilusão da plenitude do conhecimento: a obturação anestesiante da <i>falta</i>	58
§ 5º – Bacon e Locke	60
§ 6º – Descartes e o <i>cogito</i>	66
§ 7º – Hume com Kant	69
§ 8º – Comte e o <i>positivismo</i>	75
§ 9º – Popper e Kuhn : falsificacionismo e paradigmas científicos.....	77
§ 10 – Bachelard e Feyerabend : ‘obstáculos epistemológicos’ e ‘valeduto’.....	83
Capítulo 3º – Kafka e Teoria Geral do Garantismo Jurídico.....	88
§ 1º – Na balada do <i>absurdo</i> de Kafka	88
§ 2º – Garantismo Jurídico e Estado Democrático de Direito	92

§ 3º – Direitos Fundamentais: um <i>significante</i> necessário	94
§ 4º – A Constituição e sua força vinculante e dirigente (Canotilho)	99
§ 5º – Direitos Humanos e Ordenamento Jurídico brasileiro.....	103
§ 6º – Direitos e Garantias: uma diferenciação indispensável	109
§ 7º – Princípio da Legalidade: primeira revisão	110
§ 8º – Norma Jurídica e seus atributos: Kelsen, Hart, Dworkin e Habermas	112
§ 9º – Norma Jurídica e Garantismo: a revisão proposta por Ferrajoli .	117
§ 10 – Norma Jurídica: Princípios e Regras.....	120
Capítulo 4º – Ferrajoli, Garantismo e Epistemologia	126
§ 1 – O legado da Epistemologia da Modernidade	126
§ 2º – Os Princípios do Sistema Garantista (SG).....	130
§ 3º – Direito Penal Mínimo versus Máximo.....	132
§ 4º – Princípio da Legalidade Penal: revisão garantista	135
§ 5º – Direito Penal como última <i>ratio</i> : as garantias penais do Sistema Garantista (SG)	138
§ 6º – Sistemas Penais: Acusatório <i>versus</i> Inquisitório	144
§ 7º – A garantia da ‘Presunção de Inocência’ e as prisões cautelares.	148
§ 8º – A Garantia da Jurisdição: quem deve ser o ator juiz?.....	150
§ 9º – Garantismo e ‘verdade processual’	153
§ 10 – Garantismo e ‘Círculo de Viena’: o velamento	156
§ 11 – A construção da decisão penal: as inferências	158
Capítulo 5º – Limites à Epistemologia Garantista	163
§ 1º – Ferrajoli e o ‘Círculo de Viena’: o desvelamento	163
§ 2º – <i>Semiologia</i> : Barthes com Saussure : em busca de (e não do) sentido.	166
§ 3º – Semiótica em Pierce : breve olhar	171
§ 4º – Wittgenstein : no caminho da ‘viragem lingüística’.....	172
§ 5º – A <i>Pragmática</i> , Rorty e o <i>deflacionismo</i> da ‘verdade’	175
§ 6º – Na busca da Plenitude: Decisão, verdade e Embuste	181
§ 7º – Mais do mesmo: decisão, interpretação e discricionariedade.....	185
§ 8º – A Filosofia da Linguagem: Heidegger e a questão do ‘ser-aí’	190
§ 9º – O <i>ser-aí</i> desvelado: Carnelutti e a morte do sujeito único	198

§ 10 – Na mesma balada, agora com Gadamer	204
§ 11 – Encadeando <i>significantes</i> para depois.....	207
Capítulo 6º – Neoliberalismo, ‘Lei e Ordem’, Terror Midiático e Ideologia.....	214
§ 1º – No exercício do mandato do <i>Outro</i>	214
§ 2º – Criminologia Positiva: o discurso que tocaia.....	216
§ 3º – ‘Escola Positiva’ e ‘Determinismo’: o que é bom nasce feito	219
§ 4º – <i>Neoliberalismo</i> e a ‘eficiência’ da exclusão.....	223
§ 5º – O papel estratégico do Direito Penal	230
§ 6º – A porta aberta por onde serpenteia o discurso da ‘Lei e Ordem’.....	233
§ 7º – A função da propaganda: Adão, Eva e o Pe(Mer)cado.....	236
§ 8º – Mídia e o Produto: ‘Crime’. Voltamos em dois minutos: Não saia daí	239
§ 9º – A ‘Cultura do Medo’: <i>quanto mais terror melhor</i>	242
§ 10 – ‘Direito Penal Mínimo’ <i>contra</i> os reflexos da ‘Defesa Social’.....	244
§ 11 – Mídia e Decisão Judicial: <i>cenar do próximo capítulo</i>	248
§ 12 – Movimento Antiterror e a Democracia	251
§ 13 – A Judicialização da política e a Constituição de 1988: um novo papel.....	253
§ 14 – Judiciário e Executivo: um equilíbrio tênue	255
§ 15 – Judiciário: entre substancialistas e procedimentalistas	257
§ 16 – O Juiz brasileiro e a Ideologia	259
§ 17 – Neutralidade: o juiz PH 7 e a assunção ideológica: uma necessidade	260
Capítulo 7º – O Processo como Procedimento em Contraditório e a função do Juiz no Processo Penal: aportes psicanalíticos	266
§ 1º – Situando o Processo: pincelando Jurisdição e Ação	266
§ 2º – Processo como Procedimento em contraditório	270
§ 3 – O papel (revisto do) juiz no procedimento em contraditório	274
§ 4º – Fazzalari com Habermas : a validade discursiva	277
§ 5º – A construção discursiva da decisão.....	280
§ 6º – Habermas com Lacan : <i>o inconsciente pede passagem</i>	283
§ 7º – Processo Penal e <i>Psicanálise</i> : um diálogo inadiável	287
§ 8º – Deus e seu filho: o Juiz, seu pastor	289

§ 9º – Concurso como Ritual de Passagem: muitos serão chamados e poucos os escolhidos	292
§ 10 - O processo de <i>Secularização</i> e o retorno (in)consciente no discurso do ‘Bem’ <i>versus</i> o ‘Mal’	295
§ 11 – Como o discurso Divino se faz carne: O paraíso perdido	297
Capítulo 8º – Epistemologia Garantista como alternativa ao Processo Penal Brasileiro	304
§ 1º – Sistema Garantista (SG) e Processo Penal Brasileiro: um caminho	304
§ 2º – Garantismo e Decisão: os espaços de poder	307
§ 3º – A neutralidade e o ‘Show do Juiz Truman’	309
§ 4º – ‘Princípio da Legalidade Estrita’: seu caráter retórico	311
§ 5º – Desvelando a (in)segurança do ‘otimismo semântico’	314
§ 6º – O curinga da manga: o significante ‘bem jurídico’	317
§ 7º – A catequese do <i>senso comum teórico</i> : a doutrina e jurisprudência do ‘Monastério dos Sábios’	319
§ 8º – ‘Em-Nome-do-Pai’: a relação de filiação entre o Juiz e o Tribunal	323
§ 9º – A forclusão do Juiz Inquisidor e Paranóico	324
§ 10 – Inferência Indutiva: construção probatória de <i>significantes</i> em face da acusação	329
§ 11 – Inquérito Policial, Provas (inu)tilizáveis e Admissão da Acusação	331
§ 12 – Produção probatória, controle semântico, <i>chiste</i> , <i>lapso</i> e <i>ato falho</i>	333
§ 13 – Recuperando a hermenêutica esquecida pelo leguleio.....	339
§ 14 – Inferência Dedutiva: <i>redefinições</i> e <i>manhas</i>	341
§ 15 – A importância de Dussel : a <i>ideologia</i> condiciona, o <i>inconsciente</i> também.....	343
§ 16 – Manter o ‘medo’ com mais um mito: ‘ <i>ninguém pode alegar desconhecimento da lei</i> ’. Culpabilidade, Aplicação da Pena e <i>Opacidade</i> do Direito (Carcova).....	348

§ 17 – Culpabilidade e o ‘encurtamento garantista’: exigência democrática	355
§ 18 – Ainda Inferência Prática: a decisão dirigida ao mundo da vida...356	
§ 19 – Relendo as ‘Circunstâncias Judiciais’ a partir do Sistema Garantista	357
§ 20 – Os pecados eternos: a ficha dos antecedentes do excomungado	358
§ 21 – A personalidade: o inimigo secreto. Quem julga, é julgado.....	360
§ 22 – Mais ainda: conduta social	363
§ 23 – O que resta: motivos, circunstâncias e conseqüências.....	365
§ 24 – A Inconstitucionalidade da Reincidência	366
§ 25 – As atenunantes genéricas: um significante curinga	367
Capítulo 9º – O avesso da Epistemologia: decisão como ‘bricolage’ de significantes	369
§ 1º – O Sujeito Cartesiano, morreu?!	369
§ 2º – Tomando de Assalto o Monastério dos Sábios.....	371
§ 3º – Os métodos como ferramentas, somente	374
§ 4º – A verdade processual como <i>bricolage</i> : o avesso da epistemologia	376
§ 5º – Os protagonistas do processo de <i>bricolage</i>	383
§ 6º – Juntando os significantes: as colas.....	385
§ 7º – O ‘um-juiz’ marginal: decidindo com sabor	388
Conclusão	397
Referências	401

RESUMO

Este trabalho discute as possibilidades e limites da epistemologia aplicada às decisões penais, partindo da discussão dos sujeitos envolvidos na trama processual, os quais não são tão conscientes quanto imagina a epistemologia da Modernidade. O próprio mito da Modernidade é resgatado no seu papel encobridor do *outro*, com influência no Processo Penal. Relendo o ordenamento jurídico brasileiro a partir da teoria do 'garantismo penal', estabelece uma nova modo de se compreender a maneira pela qual se produz uma decisão penal. Neste *ato* decisório, para além da lógica, encontram-se inseridos condicionantes (ideológico, criminológico, midiático, hermenêutico, dentre outros), os quais influenciam no resultado final. Vinculando a teoria do discurso com a psicanálise e invertendo a lógica do significante, indica-se a produção da decisão penal como um processo complexo de escolhas de significantes, entendendo-se, ademais, o Processo Penal como uma tarefa democrática inafastável. De sorte que os significantes amealhados validamente no decorrer deste processo democrático em contraditório precisam, ao seu final e pelo um-juiz, ser selecionados, simplificados, articulados, organizados, para que somente então o sentido advenha, num processo de 'bricolagem jurídica', sem verdade fundante, nem certezas redentoras. E o narrador-juiz, com sua singularidade, congrega o papel de acertador de significantes. Depende dele a maneira pela qual os significantes produzidos serão dispostos e transitam em julgado. Nesta tarefa reside sua responsabilidade ético-material, cujo critério é a vida, sua produção, reprodução e desenvolvimento.

Palavras-chave: Epistemologia; Garantismo; Bricolage; Psicanálise.

RESUMEN

Este trabajo, discute las posibilidades y límites de la epistemología aplicada a las decisiones penales, partiendo de la discusión de dos sujetos envueltos en la trama procesal, los cuales no son tan conscientes cuanto imaginan a la epistemología de la Modernidad. El propio mito de la Modernidad es rescatado en su papel de encubridor del otro, como influencia en el Proceso Penal. Releyendo el ordenamiento jurídico brasileño a partir de la teoría del 'garantismo penal', establece un nuevo modo de comprender la manera por la cual se produce una decisión penal. En este acto decisorio, además de la lógica, se encuentran inseridos condicionantes (ideológico, criminológico, mediático, hermenéutico, entre otros), los cuales influyen en el resultado final. Vinculando la teoría del discurso con la psicoanálisis e invirtiendo la lógica del significante, se indica la producción de la decisión penal como un proceso complejo de la elección de significantes, entendiéndose, además, el Proceso Penal como una tarea democrática inafastable. De suerte que los significantes recojidos válidamente en el transcurso de este proceso democrático en contradicción precisan en su final y por el un-juez, ser seleccionados, articulados, organizados, para que sólo entonces el sentido acontezca, en un proceso de 'bricolaje jurídica', sin verdad fundada ni certezas redentoras. Y el narrador-juez, congrega el papel de conciliador de significantes. Depende de él la manera por la cual los significantes producidos serán dispuestos y transitan en el juzgado. En esta tarea reside la responsabilidad ético-material, cuyo criterio es la vida, su producción, reproducción y desarrollo.

Palabras-clave: Epistemología; Garantismo; Bricolaje; Psicoanálisis.

ABSTRACT

This work discusses the possibilities and limits of the epistemology applied to penal decisions, starting up from the discussion of the judicial actors involved in the procedural plot, who are not so aware as the Modernity Epistemology assumes. The Modernity Myth itself is brought up in its role as the cover up of the *other*, with influence in the Penal System. Reading over the Brazilian judicial ordering since the 'Penal Garantism' theory, it establishes a new way to understand how a penal decision is produced. There are some conditions, besides the logic, taken into consideration while making this decision (ideological, criminological, mediatic, hermeneutical, and the like), which influence the final decision. The making of a penal decision as a complex process of choosing significant is indicated by attaching the discourse theory to psychoanalysis and inverting the significant logic, yet, the Penal Process as an adhered democratic task. Inasmuch as the significant introduced along this democratic process in contradiction need, at the end and by a *one-judge*, to be selected, simplified, articulated, organized, so as the sense comes up in a process of 'judicial bricolage', with neither based true nor redemptive certainties. And the narrator-judge, along with his singularity, plays the role of the organizer of significant. It depends on him the way the significant produced will be displayed and accomplished. In this task is his ethic-material responsibility, whereas the criterion is life, its production, reproduction, and development.

Key words: Epistemology; Garantism; Bricolage; Psychoanalysis.

Introdução

“Em todos os manicômios [jurídicos] há doidos malucos com tantas certezas! (...) O mundo é para quem nasce para o conquistar. E não para quem sonha que pode conquistá-lo, ainda que tenha razão.” **Fernando Pessoa**

1 – Esta tese discute a maneira pela qual uma decisão penal é construída em face de *significantes*, rompendo com a tradição silogística e se aproximando da *bricolage* (**Lévi-Strauss**). Parte-se de um diálogo inadiável e recorrente com a *psicanálise* (Cap. 1º), estabelecendo a estrutura do *inconsciente* dos atores jurídicos³ envolvidos no processo judicial, cuja importância acontece na produção de *significantes* preparatórios do ato decisório, bem assim o ‘sentido da Lei e da lei’ no mundo Ocidental (**Freud** e **Lacan**).

2 – Articula-se, em seguida, a construção do *mito* da *Modernidade* e a *epistemologia* que lhe informa (Cap. 2º), fortemente influenciada pela visão dicotômica, herdeira da ‘Filosofia da Consciência’ (Cap. 5º), a qual fundamenta a maneira pela qual se constróem as decisões penais no Brasil. Resgata-se, de um lado, os *excluídos* do modelo *neoliberal* hegemônico e, de outro, o respeito pela *alteridade*, já que se não pode cair na armadilha do opressor/oprimido, havendo, ainda, a *esperança* (**Bloch**) de se construir uma *Transmodernidade* – a qual nega o mito da *Modernidade* –, baseada no critério *ético material*: *vida, sua produção, reprodução e desenvolvimento*, conforme aponta a *Ética da Libertação* (**Dussel**).

3 – Para *factibilização* deste critério *ético material* é necessário reconstruir o *Estado Democrático de Direito* a partir dos *Direitos Fundamentais*, tendo na Constituição – que ainda constitui (**Canotilho**) – seu *topus* hermenêutico (Cap. 3º), consoante aponta o ‘Garantismo Jurídico’ (**Ferrajoli**). O parâmetro de *legitimidade* do *poder*, então, demanda o cumprimento e respeito dos *Direitos Fundamentais* mediante o estabelecimento de mecanismos aptos – garantias – à sua *concretização* e efetivo *controle*.

³ Emprega-se o termo “ator jurídico” ao invés de “operador jurídico” por se entender que o primeiro pressupõe a participação nos fatos pelo intérprete, inserido no mundo da vida (sujeito-sujeito), enquanto o segundo facilita a objetivação e o seu distanciamento. As formas clássicas de interpretação do Direito propostas pela dogmática jurídica apresentam o intérprete dissociado da realidade social (sujeito-objeto), envolto numa realidade virtual, favorecendo, com isso, a comodidade e o (des)compromisso ético (**Dussel**) das decisões. (Cap. 5º).

4 – Em seguida, já no campo do Direito e Processo Penal, a proposta do ‘Garantismo Penal’ (**Ferrajoli**) é aprofundada e esclarecida, tendo-a como modelo ideal para o cotejo das sanções aplicadas no *Estado Democrático de Direito*, possibilitando, depois, a análise do Processo Penal brasileiro (Cap. 4º). Seus *princípios*, vinculados ao modelo de *Direito Penal Mínimo*, serão acolhidos inicialmente, sofrendo, depois, as críticas que se sucedem (Caps. 8º e 9º).

5 – Sendo necessário se aprofundar na hermenêutica, as construções do ‘Círculo de Viena’ e do ‘positivismo lógico’ serão desveladas, trazendo-se a ‘semiologia’ (**Saussure**), a ‘semiótica’ (**Pierce**), a ‘viragem lingüística’ (**Wittgenstein**), a ‘pragmática’ (**Rorty**) e a ‘Filosofia da Linguagem’ (**Heidegger** e **Gadamer**) para o contexto da discussão (Cap. 5º), possibilitando-se uma outra maneira de perceber a ‘*hermenêutica jurídica*’, não mais vinculada à *pretensão sujeito-objeto*, própria da ‘Filosofia da Consciência’, mas *sujeito-sujeito*, sem desprezo – impossível – pelo sujeito da psicanálise, dito *Outro* por **Lacan** (Caps. 1º e 7º).

6 – Desterrado o sujeito *consciente* e *pleno* (Cap. 1º e 5º), característico da *epistemologia* da *Modernidade*, (Cap. 2), sem metalinguagem, são apontados os condicionantes do ‘*ser-aí*’ (Cap. 5º), incidentes no *ato* decisório, especificamente no modelo de Poder Judiciário (*substancialistas* x *procedimentalistas*), *ideológicas* (**Hayek** e **Miranda Coutinho**), *criminológicas* (**Vera Andrade** e **Baratta**) e *midiáticas* (**Bourdieu**), as quais operam (*in*)*conscientemente* no desenrolar processual (Cap. 6º).

7 – O Processo Penal acusatório (**Cordero**) é acolhido como tarefa democrática inafastável, não se confundindo com as meras formas processuais, mas sim como *procedimento em contraditório* (**Cordero** e **Fazzalari**), produzindo significativas alterações no modelo utilizado no Brasil, dando-se especial destaque à teoria da ação comunicativa (**Habermas**) que, mesmo parcialmente criticada, representa um caminho razoável (Cap. 7º).

8 – Procurando-se, então, retomar a proposta do ‘Garantismo Penal’ (Cap. 4) para adaptá-lo ao Brasil, aponta-se críticas a que o modelo *garantista* está sujeito, mormente hermenêuticas, tornando-o palatável (**Miranda Coutinho**) ao contexto brasileiro (Cap. 8º), sem que se constitua, todavia, como o único modelo de Direito, mas como *um sendero* capaz de resgatar democraticamente os sujeitos, em grande

parte vítimas (**Dussel**) do Processo Penal brasileiro (**Carvalho e Bueno de Carvalho**), conjungando *poder* e *decisão* dentro de patamares aceitáveis democraticamente, fundados, de qualquer maneira, no respeito e concretização dos *Direitos Fundamentais* (Caps. 3º, 4º e 8º). É um dos caminhos democráticos a se seguir, restringindo e controlando mais efetivamente o *poder* Estatal na esfera penal.

9 – Reconhece-se, de plano, que muitos dos problemas/limitações/críticas aqui indicados ao Sistema Garantista (SG) não se constituíram em objeto de análise por **Ferrajoli**. Contudo, este trabalho para além da pretensão acadêmica, preocupa-se com a aplicabilidade do modelo ao Brasil e, portanto, as críticas partem desde esta perspectiva; e também da condição de *ator jurídico* preocupado com a *praxis*.

10 – A partir do ‘garantismo penal *tupiniquim*’, então, rompendo-se com a maneira pela qual o *senso comum teórico dos juristas* (**Warat**) constrói as decisões penais, aponta-se uma proposta alternativa para construção das decisões penais, pelo avesso, ou seja, a ‘*bricolagem jurídica de significantes*’. Em face das mediações realizadas – não totais, por evidente – busca-se seguir um dos caminhos democratizantes da decisão penal, com a exclusão, dentro do possível, dos mecanimos reprodutores do sistema ideológico dominante (Cap. 6º), os quais conferem a ilusão de que a decisão penal é mero *ato* lógico, desprovido de inserção no mundo da vida, colonizado metodologicamente e entregue nas mãos de uma figura (quase) mítica: Vossa Excelência, o juiz (Caps. 7º e 8º). O que resta, assim, são *significantes*, sem metalinguagem e um *ato decisório*, o qual deve ser eticamente fundamentado (**Dussel**).

11 – Este escrito se insere no movimento da ‘contra-dogmática’⁴ (**Cunha e Warat**) justamente por buscar discutir o lugar de *quem* decide, sempre barrado (**Legendre**), com os riscos daí inerentes, até porque o autor dele mesmo não pode fugir. É certo que existem pioneiros, destacando-se **Bueno de Carvalho**, cuja advertência é pertinente:

Fique claro: as eventuais críticas à magistratura representam, antes de mais nada e acima de tudo, profunda declaração de amor a ela: acredito que o juiz pode e deve ser agente do processo de democratização da sociedade e com potencialidade muito maior do que os próprios pensadores percebem. É amor e

⁴ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do Princípio da Legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 23: “Supomos que o pensamento dogmático, e também a dogmática penal, carecem de uma contra-ideologia ou de uma contra-dogmática.”

não ódio (ou 'amoródio', como diria um psicanalista). É respeito e não desdém, é confiança na dignidade da função!⁵

12 – Cada um escreve muitas teses, por impossível aprisionar o *sentido*, quando escreve uma e, no desenrolar deste pensamento, deslizando nos *significantes*, o tom será argumentativo, pessoal. Este trabalho, pois, parte da seguinte indagação: *em face da maneira pela qual as decisões penais brasileiras são construídas epistemologicamente e do 'garantismo penal' é possível se indicar um outro caminho?* Respondendo ao questionamento, fala-se do que se pode dizer sobre a decisão penal, a qual acontecerá na *singularidade* de cada processo, com seus atores *(in)conscientes* de seus respectivos papéis, enleados *na e pela* linguagem.

13 – Por fim, ressalte-se que pelo desenrolar do escrito, o único *método* possível é o da *ontologia heideggeriana* (Cap. 5º), no qual o processo de atribuição de sentido encontra-se desprovido de metalinguagem, para além da relação sujeito-objeto. O método hermenêutico, em **Heidegger**, portanto, rompe com o padrão científico da *Modernidade*, sendo impossível apontar para outro caminho, senão o do *ser-aí*, na existencialidade do sujeito (circularidade), em seu espaço originário, sua *ontologia fundamental*. É assim que se segue.

⁵ BUENO DE CARVALHO, Amilton. O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 4.

Capítulo 1º – Psicanálise e Direito: primeiros encontros com Freud e Lacan

“Falto eu mesmo e esta lacuna é tudo.” Machado de Assis

§ 1º – Primeiras possibilidades de ‘diálogo’

“Só o amor me cura de uma loucura qualquer.” Lulu Santos

1 – A função da estrutura de velamento-desvelamento da própria Instituição (Direito) é mantida em *nome do amor*. Busca-se, assim, uma aproximação possível entre o *Direito* e a *Psicanálise*, ciente das dificuldades daí inerentes, conforme adverte **Miranda Coutinho**:

Ficou patente, por exemplo, que se não pode fazer um discurso psicanalítico do direito e muito menos um discurso jurídico da psicanálise. (...) Os elementos dos campos (direito e psicanálise), por outro lado, não têm a mesma estrutura e não podem ser tomados como lugar-comum. Arriscar a identidade é ceder à comodidade, mas incorreto, para não dizer falso. Atitude empulhadora, deslumbra na primeira aparência pelas fórmulas fáceis, mas oferece o cadafalso no momento seguinte.⁶

Em primeiro lugar, a compatibilização teórica de institutos jurídicos com a *psicanálise* não pode ser feita de maneira simplista, precisando de contornos próprios e um tanto quanto dificultosos. Numa segunda dimensão, deve-se considerar que o *Direito* não é afeito a esse diálogo, pretendendo o domínio total pela racionalidade consciente.

O caminho já foi trilhado, dentre outros, por **Legendre**⁷, **Agostinho Ramalho**⁸, **Miranda Coutinho** e **Philippi**⁹. Isto porque, nesta mediação, os objetivos

⁶ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: *Direito e Neoliberalismo: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar*. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de et alli. Curitiba: EdIBEJ, 1996, p. 41-42.

⁷ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor*. Trad. Aluísio Menezes. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sujeitos Coletivos de Direito: pode-se considerá-los a partir de uma referência à Psicanálise? In: CARVALHO, Amilton Bueno. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n. 3, p. 79-92, 1994; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância. In: *Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e sua conexões: Trata-se uma criança*. Rio de Janeiro, Tomo II, p. 225-238, 1999.

⁹ PHILIPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 11: “Nesse sentido, procurando não cair na tentação de aproximações teóricas

são restritos e bem claros: a) fixar o lugar da lei jurídica no contexto do *Direito* contemporâneo a partir da *Psicanálise*; b) preparar o caminho para mais adiante tentar indicar conteúdos *inconscientes* do *um-julgador* – entendido em sua *singularidade* in-diví-duo – no *ato* decisório. É que falar da *verdade* no Processo Penal desliza para um entrelaçamento com a *psicanálise*, apontando-se o papel do *inconsciente* na produção final da decisão judicial, sem que esse *inconsciente*, como os demais *significantes psicanalíticos*, possam ser percebidos de maneira *ôntica* ou *coisificada*, mas sim como estrutura construída *desde dentro e na linguagem*, como diz **Lacan**: “o *inconsciente* é estruturado como uma linguagem.”¹⁰ E (d)ela (não se) escapa, dado que o mundo é o mundo da linguagem, inexistindo o recurso da *metalinguagem*, isto é, para *aquém/além* da linguagem, a qual, por sua vez, opera por *deslocamento/condensação* (**Freud**) ou *metáfora/metonímia* (**Lacan**). De sorte que é impossível uma mediação completa, tão a gosto dos ultra-racionalistas, até porque a *linguagem* é o *lugar do logro* (**Lacan**¹¹) e, esta construção, como tal, bem pode se transformar em instrumento para tanto. Logo, a pretensão deste momento é aproximar discursos dissonantes nos pontos destacados, esclarecendo-se as diferenças e aproveitando-se os pontos de interseção¹². Em outras palavras, apesar de o discurso *psicanalítico* não ser de todo aplicável ao Direito, nem por isto alguns de seus postulados, conceitos e impre(cis)sões podem deixar de ser considerados no momento em que se estabelece, mesmo que parcialmente – o todo é demais –, a discussão sobre a maneira pela qual se tenta construir ou se descobrir a *verdade* no Processo Penal. Ao contrário, cada vez mais faz-se inafastável uma leitura cruzada, sob pena de se chegar a uma parcialidade que causa náuseas.

fáceis, esta pesquisa buscará nas considerações da psicanálise sobre a cena imaginária do sujeito preso à crença na onipotência do seu desejo – um jogo não totalmente decifrável pela consciência que opera mediante ação e reprodução de encenações textualizadas de caráter ritual – designações de correspondência com o direito que permitam questionar a tendência do discurso jurídico em reiterar a identificação de uma única lei, produto de um Autor exclusivo, o sujeito único – representante metafórico do pai.”

¹⁰ LACAN, Jacques. *O seminário: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise*. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. (Livro 11), p. 25.

¹¹ LACAN, Jacques. *O seminário: o avesso da psicanálise*. Trad. Ari Roitman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. (Livro 17).

¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 51-52: “Não é muito simples fazer a interlocução Direito e Psicanálise, principalmente porque temos de rever conceitos muito estáveis no campo do Direito. Entretanto, torna-se necessário e impositivo na contemporaneidade repensar os paradigmas e o sujeito do Direito a partir da Psicanálise. Esta traz para o pensamento jurídico uma contribuição revolucionária com a ‘descoberta’ do sujeito inconsciente.”

2 – Falar-se do *inconsciente* (do julgador) necessita de um retorno a **Freud**, já que foi ele quem franqueou sua abertura/construção¹³. A pesquisa acontece, pois, em bases *freudianas* e *lacanianas*, com especial relevo para esta, que deu um passo a mais (sempre fiel à matriz *freudiana*, diga-se *en passant*) no que se refere ao *inconsciente freudiano*, indicando os registros – *Imaginário*, *Simbólico* e *Real* (**Lacan**) – unidos pelo quarto elemento, a ‘metáfora paterna’, no ‘*nó de borromeu*’. Então, o *inconsciente*, na perspectiva *lacaniana*, possui uma tripartição estrutural, composta por ‘Real-Simbólico-Imaginário’. Cabe destacar, por oportuno, que depois do dissenso na *Sociedade Psicanalítica de Paris* e a fundação da *Sociedade Francesa de Psicanálise* (1953), **Lacan** se sentiu livre para poder *transmitir* seu ensino. Os marcos de tal acontecer estão situados justamente nos *discursos* que pronuncia nesta nova sociedade sob o título ‘O Simbólico, o Imaginário e o Real’ e no Congresso de Roma – ‘Função e campo da fala e da linguagem em psicanálise.’¹⁴ A partir deles indica o registro do *Imaginário* defendendo, outrossim, um retorno a **Freud**. Desde então a linguagem passa a ter um papel de destaque no ensino *laciano*, dado que é no *Simbólico* que o sujeito é sacado do *Imaginário* – ‘Estádio do Espelho’ – e promove sua ligação ao *laço social*, bem onde aparecem os *sintomas*.

Com efeito, **Lacan** propõe que o *inconsciente* é o *capítulo censurado*, mas não *apagado*, marcado por um branco e ocupado por uma mentira, o qual irrompe no *Simbólico*, e a função do analista é a de decifrador do *sintoma* que está na linguagem. O *inconsciente* do sujeito clivado, pois, é o *Outro* como se linguagem fosse, ou seja, o ‘tesouro de significantes’. Desta forma, o sujeito do *inconsciente* é movido por um *desejo* que é antes de tudo um *desejo* de reconhecimento (**Legendre** – *Amor*), e como o *desejo* é o *desejo* do *Outro*¹⁵, situado no *Real*, de impossível acesso, o sujeito resta cindido e não pode conseguir a unidade. Está condenado a Isso. Assevera **Marques Neto** que “o *sujeito não se confunde com o eu, não se confunde com o indivíduo, com sua inteligência, com sua excelência (areté). Sua posição a tudo isso é de excentricidade.*”¹⁶

¹³ GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 168-195.

¹⁴ LACAN, Jacques. *Escritos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 238-324.

¹⁵ LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 866: “Assim, é antes a assunção da castração que cria a falta pela qual se institui o desejo. O desejo é o desejo de desejo, desejo do Outro, como dissemos, ou seja, submetido à Lei.”

¹⁶ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Sujeitos Coletivos de Direito...*, p. 83.

3 – Ademais, não se pode estabelecer um discurso *psicanalítico* de segunda mão, isto é, sem o retorno aos originais, sob pena de se cometer os equívocos já denunciados por **Lacan**¹⁷, justificando-se o encadeamento de *significantes* capazes de embasar, por assim dizer, as conclusões que se pretende no momento da crítica a tentativa de construção da *verdade* no Processo Penal brasileiro (Cap. 9º).

§ 2º – O retorno a **Freud**: *Totem e Tabu* e o *Incesto* como Lei Básica.

“O eu, aí, é da periferia, não ocupa posição central.” **Agostinho Ramalho**

1 – Faz-se necessário, portanto, um retorno a **Freud**¹⁸, na via da leitura jurídica e com **Lacan**. Pode-se iniciar com a *proibição do incesto*, esta lei básica e estruturadora das relações sociais. A lei básica, que inaugura a cadeia de *significantes*, é uma interdição sexual; por certo, a questão do Direito orbita sob a sexualidade. O Direito Penal, na sua pretensão de regulamentar a vida social, impondo limites, possui inscrita a ordem das *pulsões*, enfim, fala de sexualidade, quer queiram, quer não, mormente os (falsos) pudicos de plantão, conforme afiança **Lacan**: “*lembrarei ao jurista que, no fundo, o direito fala do que vou lhes falar – o gozo.*”¹⁹ A *pulsão*, por sua vez, segundo **Freud**²⁰, seria um conceito limite entre o psíquico e o somático, não podendo ser estudada em si mesma (onticamente)²¹ por ser um *ser-da-passagem*, o qual marca a transição e que cobra caminhos diferentes, movida pelo *recalque*, sua ‘pedra angular’, porque sempre *retorna*. O movimento *pulsional* (de vida e de morte), assim será interpretado pela *psicanálise* e a inscrição *pulsional* está vinculada às identificações do sujeito, no *Imaginário* (*Eu Ideal*) e no *Simbólico* (*Ideal do Eu*), em suas relações com o *Outro*²².

¹⁷ LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 247-248.

¹⁸ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 21-162, v. XIII.

¹⁹ LACAN, Jacques. *O seminário: mais, ainda*. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. (Livro 20), p. 10.

²⁰ FREUD, Sigmund. *Três Ensaio sobre a Teoria da Sexualidade*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 13-14.

²¹ LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 865: “A pulsão, tal como é constituída por Freud a partir da experiência do inconsciente, proíbe ao pensamento psicologizante esse recurso ao instinto com que ele mascara sua ignorância, através da suposição de uma moral na natureza.”

²² FINK, Bruce. *O sujeito lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Trad. Maria de Lourdes Sette Câmara. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 26-29: “Na medida em que o desejo habita a linguagem – e em uma estrutura lacaniana não há, a rigor, desejo sem linguagem – podemos dizer que o inconsciente está repleto de tais desejos

2 – Com efeito, a interdição do *incesto* está prevista nos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro (Código Civil, art. 1.521, I a V). **Freud** abordou a questão do *incesto* no *mito* de *Édipo*²³, segundo o qual as relações de *amor* e *ódio* para com os que exercem as figuras paternas estão presentes na constituição dos *sujeitos*, no acesso ao *Simbólico*:

Édipo, filho de Laio, Rei de Tebas, e de Jocasta, foi enjeitado quando criança porque um oráculo advertira Laio de que a criança ainda por nascer seria o assassino de seu pai. A criança foi salva e cresceu como príncipe numa corte estrangeira, até que, em dúvida quanto a sua origem, também ele interrogou o oráculo e foi alertado para evitar sua cidade, já que estava predestinado a assassinar seu pai e receber sua mãe em casamento. Na estrada que o levava para longe do local que ele acreditara ser seu lar, encontrou-se com o Rei Laio e o matou numa súbita rixa. Em seguida dirigiu-se a Tebas e decifrou o enigma apresentado pela Esfinge que lhe barrava o caminho. Por gratidão, os tebanos fizeram-no rei e lhe deram a mão de Jocasta em casamento. Ele reinou por muito tempo com paz e honra, e aquela que, sem que ele o soubesse, era sua mãe, deu-lhe dois filhos e duas filhas. Por fim, então, irrompeu uma peste e os tebanos mais uma vez consultaram o oráculo. É nesse ponto que se inicia a tragédia de Sófocles. Os mensageiros trazem de volta a resposta de que a peste cessará quando o assassino de Laio tiver sido expulso do país.²⁴

Por outro lado, **Freud** reconstrói o advento do social em face do *mito* – fundador – do crime praticado em conjunto contra o Pai da Horda. O atributo *Totem* – antepassado comum ao grupo – é um animal, podendo assumir mais raramente as feições de um vegetal ou mesmo um fenômeno da natureza, o qual mantém, todavia, uma relação peculiar com o grupo, constituindo-se, assim, como objeto de *Tabu*²⁵. Além de venerar o *Totem*, o grupo tem a obrigação sagrada de não o destruir, advindo daí as obrigações/restrições da sociedade. Em síntese: constitui o aspecto identificatório do *Totem* e dos *Tabus*. Os diversos povos primitivos erigiam proibições sexuais próprias, com suas peculiaridades, mantendo, contudo, a *proibição de incesto*, independentemente dos laços de sangue. O *Tabu*, por sua vez,

estranhos. (...) Nesse sentido, podemos interpretar o enunciado de Lacan de que o inconsciente é o discurso do Outro, de uma maneira muito direta: *o inconsciente está repleto da fala de outras pessoas, das conversas de outras pessoas, e dos objetivos, aspirações e fantasias de outras pessoas* (na medida em que estes são expressos em palavra). (...) O corpo é escrito com significantes.”

²³ SÓFLOCLES. *Édipo Rei*. Trad. Jonas Camargo. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 23-80.

²⁴ FREUD, Sigmund. A interpretação dos sonhos, parte I. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, v. IV, p. 287-288.

²⁵ FREUD, Sigmund. Totem e tabu..., p. 40: “A palavra ‘tabu’ denota tudo – seja uma pessoa, um lugar, uma coisa ou uma condição transitória – que é o veículo ou fonte desse misterioso atributo. Também denota as proibições advindas do mesmo atributo. E, finalmente, possui uma conotação que abrange igualmente ‘sagrado’ e ‘acima do comum’, bem como ‘perigoso’, ‘impuro’ e ‘misterioso’.”

significava as interdições e proibições, sem que se soubesse, muitas vezes, os fundamentos de tais limites, não podendo ser confundido com uma *neurose*²⁶. O importante é que onde há uma *interdição* há um desejo limitado, consoante explica **Freud**:

Visto que os tabus se expressam principalmente em proibições, a presença subjacente de uma corrente positiva de desejo pode ocorrer-nos como algo de bastante óbvio e que não exige provas exaustivas baseadas na analogia das neuroses, porque, afinal de contas, não há necessidade de se proibir algo que ninguém deseja fazer e uma coisa que é proibida com a maior ênfase deve ser algo que é desejado.²⁷

Como tal, a lei jurídica impõe uma *proibição* à realização do desejo humano. Advém daí a funcionalidade do ordenamento jurídico penal, eis que somente se proíbe o que se manifesta como propensão humana²⁸, ou, como diz **Freud**, “*porque o desejo proibido no inconsciente desloca-se de uma coisa para outra.*”²⁹ E esse modelo de contenção, de renúncia, ato fundante do desejo, protrai seus efeitos até os dias atuais.

3 – Mediante o crime perpetrado contra o *Pai* terrível da *Horda* e partilhado pelos irmãos, estes podem reconhecer em si próprios³⁰ o mesmo ódio dirigido ao

²⁶ FREUD, Sigmund. Totem e tabu..., p. 83-84: “Existe, entre os povos primitivos, o temor de que a violação de um tabu seja seguida de uma punição, em geral alguma doença grave ou a morte. A punição ameaça cair sobre quem quer que tenha sido responsável pela violação do tabu. Nas neuroses obsessivas, o caso é diferente. O que o paciente teme, se efetuar alguma ação proibida, é que o castigo caia não sobre si próprio, mas sobre alguma outra pessoa. A identidade da pessoa, via de regra, não é enunciada, mas em geral pode-se demonstrar sem dificuldade, através da análise, que se trata de uma pessoa das mais próximas e queridas do paciente. Aqui, então, o neurótico parece estar comportando-se altruisticamente e o homem primitivo, egoisticamente. Somente quando a violação de um tabu não é automaticamente vingada na pessoa do transgressor é que surge entre os selvagens um sentimento coletivo de que todos eles estão ameaçados pelo ultraje; e em seguida, apressam-se em efetuar eles próprios a punição omitida. Não há dificuldade em explicar o mecanismo desta solidariedade.”

²⁷ FREUD, Sigmund. Totem e tabu..., p. 81-82.

²⁸ FREUD, Sigmund. Totem e tabu..., p. 51: “O tabu é uma proibição primeva forçadamente imposta (por alguma autoridade) de fora, e dirigida contra os anseios mais poderosos a que estão sujeitos os seres humanos. O desejo de violá-lo persiste no inconsciente; aqueles que obedecem ao tabu têm uma atitude ambivalente quanto ao que o tabu proíbe. O poder mágico atribuído ao tabu baseia-se na capacidade de provocar a tentação e atua como um contágio porque os exemplos são contagiosos e porque o desejo proibido no inconsciente desloca-se de uma coisa para outra. O fato de a violação de um tabu poder ser expiada por uma renúncia mostra que esta renúncia se acha na base da obediência ao tabu.”

²⁹ FREUD, Sigmund. Totem e tabu..., p. 51.

³⁰ ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado*: psicanálise do vínculo social. Trad. Teresa Cristina Carreteiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 31: “O pai, enquanto tal, não existe a não ser morto realmente ou simbolicamente; que nos leva a uma noção fundamental: o pai não existe a não ser como *ser mítico*. (...) Mas o pai, em sua função mítica, é aquele que provoca reverência, terror e amor ao mesmo tempo, o pai é aquele que sufoca, castra e que deve então ser morto ou, no mínimo, vencido; ele é, além disso, o portador e depositário das proibições. Seu assassinato é acompanhado de culpa e veneração. Não existe mais o pai real. O pai real é sempre um pai morto, e o pai morto é sempre um pai mítico. A partir do momento em que a função paterna é reconhecida, os filhos são oprimidos.”

Pai, constituindo esse momento como a tomada da potência originária, pois “o desejo deles é de conjurar a impotência e de escapar à fascinação mortífera à qual se submetem, bem como à admiração e ao temor frente ao onipotente.”³¹ Ao assassinato segue-se o *banquete*³², no qual, afirma Enriquez “ao comerem juntos da mesma carne, os irmãos se reconhecem definitivamente como tal, isto é, em igualdade, repartindo os despojos, unidos pelo mesmo sangue.”³³ De modo que o sangue do *Outro* passa a correr em suas veias e o reconhecimento da *culpa* – que mesmo censurada e reprimida – pelo assassinato partilhado retorna. Entretanto, com o *fantasma* de seu regresso na figura de um dos filhos-irmãos, estes renunciam à força e instituem o *Totem*, personificado na figura paterna. A partir de então, abandonando o *estado de natureza* e constituindo o poder da comunidade, materializado pelo mecanismo do *castigo*, erigem a ‘Civilização’, e seu ‘mal estar’:

O que está em questão é o medo do exemplo infeccioso, da tentação a imitar, ou seja, do caráter contagioso do tabu. Se uma só pessoa consegue gratificar o desejo reprimido, o mesmo desejo está fadado a ser despertado em todos os outros membros da comunidade. A fim de sofrear a tentação o transgressor invejado tem de ser despojado dos frutos de seu empreendimento e o castigo, não raramente, proporcionará àqueles que o executam uma oportunidade de cometer o mesmo ultraje, sob a aparência de um ato de expiação. Na verdade, este é um dos fundamentos do sistema penal humano e baseia-se, sem dúvida corretamente, na pressuposição de que os impulsos proibidos encontram-se presentes tanto no criminoso como na comunidade que se vinga. Nisto, a psicanálise apenas confirma o costumeiro pronunciamento dos piedosos: todos nós não passamos de miseráveis pecadores.³⁴

4 – A edificação do *Pai simbólico* decorre da *culpa*³⁵ que advém do luto pelo crime partilhado entre os irmãos, momento a partir do qual a força do *Pai* é mitificada

³¹ ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado...*, p. 31.

³² ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado...*, p. 32: “O banquete coletivo, durante o qual são incorporados as virtudes e os poderes daquele que imagina possuí-los, é o momento em que o grupo vive um sentimento coletivo, no transe e na excitação, em que cada um pode ver no olhar do outro o mesmo ódio e o mesmo contentamento, se identificar ao outro na medida em que este se torna seu semelhante pela incorporação de uma potência, de uma carne e de um sangue *único*. O sangue do onipotente corre na veia de todos.”

³³ ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado...*, p. 33.

³⁴ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu...*, p. 83-84.

³⁵ FREUD, Sigmund. O Mal-Estar da Civilização. Trad. Jayme Salomão. In: *Obras psicológicas completas*. São Paulo: Imago, 1996, p. 73-148, v. XXI, p. 135: “Mas, se o sentimento humano de culpa remonta à morte do pai primevo, trata-se, afinal de contas, de um caso de ‘remorso’. Porventura não devemos supor que [nessa época] uma consciência e um sentimento de culpa, como pressupomos, já existiam antes daquele feito? Se não existiam, de onde então proveio o remorso? Não há dúvida de que esse caso nos explicaria o segredo do sentimento de culpa e poria fim às nossas dificuldades. E acredito que o faz. Esse remorso constituiu o resultado da ambivalência primordial de sentimentos para com o pai. Seus filhos o odiavam, mas também o amavam. Depois que o ódio foi satisfeito pelo ato de agressão, o amor veio para o primeiro plano, no remorso dos filhos pelo ato.

e congrega uma dimensão *simbólica* que não tinha em vida, reeditada pela instauração da *Civilização*³⁶. Conforme **Dor**: “*Ficando fora da história, ele não deixa de estar paradoxalmente inscrito no ponto de origem de toda história. A única história que lhe podemos logicamente supor é uma história mítica. Mito necessário.*”³⁷

§ 3º – Complexo de Édipo e Hamlet

“*Ele sabia que estava morto. O crime de existir.*” **Lacan**

1 – **Freud** afirma que o destino de *Édipo* comove porque poderia ser o de qualquer um dada a possibilidade de realização dos desejos infantis, ou seja, de dirigir o primeiro impulso vital em direção a quem exerce a função materna (narcisismo primário) e o ódio a quem exerce a função paterna, por ser aquele que priva, limita o acesso ao gozo. Entretanto, com o desenvolvimento os indivíduos são capazes de obliterar esses sonhos infantis, principalmente na fase de *latência*, canalizando-os para outro lugar, *recalcados* desde sempre, mas ainda presentes. O movimento efetuado por *Édipo* bem poderia ser o de qualquer indivíduo, tanto assim que remanescem em adultos os sonhos de práticas sexuais com os pais, geradores de culpas e repulsas, varrendo-se para o esquecimento essas passagens da infância, que emergem...³⁸

Criou o *superego* pela identificação com o pai; deu a esse agente o poder paterno, como uma punição pelo ato de agressão que haviam cometido contra aquele, e criou as restrições destinadas a impedir uma repetição do ato. E, visto que a inclinação à agressividade contra o pai se repetiu nas gerações seguintes, o sentimento de culpa também persistiu, cada vez mais fortalecido por cada parcela de agressividade que era reprimida e transferida para o superego. Ora, penso eu, finalmente podemos apreender duas coisas de modo perfeitamente claro: o papel desempenhado pelo amor na origem da consciência e a fatal inevitabilidade do sentimento de culpa. Matar o próprio pai ou abster-se de matá-lo não é, realmente, a coisa decisiva. Em ambos os casos, todos estão fadados a sentir culpa, porque o sentimento de culpa é expressão tanto do conflito devido à ambivalência, quanto da eterna luta entre Eros e o instinto de destruição ou morte. Esse conflito é posto em ação tão logo os homens se defrontem com a tarefa de viverem juntos.”

³⁶ ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado...*, p. 34: “Os irmãos, como o pai, se transformam em ‘o que é bom para matar’. Impossível ser diferente, pois o poder não foi desmistificado nem mesmo socializado, pelo contrário, ele se tornou *sagrado* e, enquanto tal, seu aspecto fascinante perdura e se amplifica. O homicídio do pai institui a *possibilidade* constante do *assassinato*. A civilização não somente se inicia com o crime, mas se mantém através dele.” (...) Esta criação social é acompanhada (precedida/seguida) pela expressão de sentimentos complexos: amor, veneração, amizade, culpa. O nascimento do grupo é inconcebível sem o surgimento correlativo de sentimentos.”

³⁷ DOR, Joël. *O pai e sua função em psicanálise*. Trad. Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 13.

³⁸ LACAN, Jacques. *Hamlet por Lacan*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Escuta, 1986, p. 3: “Freud, com efeito, institui muito sobre o fato de que os sonhos edipianos são como as irrupções de desejos inconscientes que

2 – Em *Hamlet*³⁹ o sonho infantil se repete, todavia, com novas nuances. **Freud**⁴⁰ sustenta que *Hamlet* é capaz de fazer qualquer coisa, como matar o curioso *Polônio* e seus acompanhantes de viagem, *Rosencrantz* e *Guildestern*, mas incapaz de se vingar do homem – *Cláudio* – que matou seu pai e tomou seu lugar junto a *Gertudres*, sua mãe, justamente em decorrência de seus sonhos de infância recalçados. Assim é que o ato de vingança é pululado por auto-recriminações e escrúpulos de consciência que obstam a realização do ato, por entender que ‘*não é melhor do que o pecador a quem deve punir*’. Até porque não é *Cláudio* quem deve morrer, mas o *fantasma* – o pai ideal – e seu dilema é como fazer para matá-lo.

Lacan⁴¹ retoma a leitura de **Freud** acrescentando que existe algo articulado no *inconsciente*, evidenciado pelo *desejo* do objeto fálico: sua mãe *Gertudres*. Não se tratava, como queria *Polônio*, de uma doença de amor decorrente da negativa de *Ofélia*, senão de algo mais profundo, vinculado à posição sexual de *Hamlet*, na efetivação do ato determinado. O adiamento reflete suas indagações sobre o ato que não é *edipiano*, eis que *Édipo* sustenta sua vida no ato já realizado, enquanto que em *Hamlet* ele é culpado de *ser ou não ser*. E, em qualquer das hipóteses, ele será a vítima, dado que não poderá realizar o crime fundamental, nem cobrá-lo e “se ele atinge finalmente o criminoso, é com a mesma arma que acaba de ferí-lo mortalmente.”⁴² Diferentemente de *Édipo*, *Hamlet* sabe desde o início do crime, juntamente com seu *Pai* e o *Outro*, procedendo a desvios, adiamentos⁴³. Assim é que essa tragédia do desejo – desejo da mãe⁴⁴ –, navega no drama de *Hamlet* até seu encontro com a morte, alinhado ao desejo do *Outro*.

reaparecem sempre, e ele sempre considerou o Édipo – falo do Édipo de Sófocles ou da tragédia grega – como a fabulação do que surge destes desejos.”

³⁹ SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Trad. Millor Fernandes. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 14-115.

⁴⁰ FREUD, Sigmund. A interpretação dos sonhos, parte I. In: *Obras psicológicas completas...*, p. 291-292

⁴¹ LACAN, Jacques. *Hamlet por Lacan...*, p. 5-6.

⁴² LACAN, Jacques. *Hamlet por Lacan...*, p. 10.

⁴³ LACAN, Jacques. *Hamlet por Lacan...*, p. 10: “O pai e o filho, ambos sabem. Esta comunhão de descoberta é precisamente aquilo que dificulta a assunção por Hamlet de seu ato. Quais são as vias pelas quais ele poderá ir ao encontro de seu ato, cumprir o que tem que ser cumprido? Quais desvios tornarão possível este ato, em si mesmo impossível na medida em que o Outro sabe? (...) Hamlet chega a realizar seu ato. Mas não esqueçamos que se Claudius no fim cai atingido, é ainda assim um trabalho mal feito. Hamlet só desfere seu golpe após ter feito um certo número de vítimas, depois de passar através do corpo do amigo, do companheiro, Laerte, depois que sua mãe também, em consequência de um engano, se envenenou, e não antes dele mesmo ter se ferido mortalmente.”

⁴⁴ LACAN, Jacques. *Hamlet por Lacan...*, p. 34: “Percebam que aquilo com que Hamlet se enfrenta o tempo todo, com que se debate, é um desejo. Este desejo deve ser considerado ali onde está na peça. Este desejo está bem longe do seu. Não é seu desejo por sua mãe, é o desejo de sua mãe.”

3 – A *proibição do incesto* indica, nesta ordem de idéias e a partir do *Complexo de Édipo*, a impossibilidade de satisfação do desejo materno que, em última instância, representaria o gozo pleno, sonegador da manutenção da demanda, do ir.... como afiança **Marques Neto**:

Por um lado, o desejo pressupõe a falta, mas, por outro lado, o desejo pressupõe necessariamente uma vivência de satisfação, satisfação sempre incompleta, satisfação sempre decepcionante, porque não existe objeto de satisfação total. Se existisse, ficaríamos como ele, não faríamos nada. É justamente porque ele não existe que somos obrigados a elaborar. Como diz Lacan, colocar alguma coisa no lugar de coisa alguma. Somos feitos de falta, mas somos feitos de falta e também da possibilidade de haver satisfação, sempre parcial, mas satisfação.”⁴⁵

O *princípio do prazer*, uma vez satisfeito totalmente, redundaria na impossibilidade da continuidade daquilo que move o indivíduo (morte). Assim, apesar de buscar tamponar a *demanda*, essa pretensão jamais é satisfeita⁴⁶, sendo, ademais, o *recalque*, a condição de possibilidade da *linguagem*, dado que o sentido advém da compreensão singular e é só depois, não antes, eternizado, preso/grudado no conceito, que o sentido se preenche, surge (Cap. 5º – **Heidegger e Gadamer**).

§ 4º – **Lacan** e o significante Nome-do-Pai

“El Nombre-del-Padre no es más que el nombre de una función.” Jacques-Alain Miller

1 – A importância do *Complexo de Édipo* é fundamental na configuração do que **Lacan** denominou *Nome-do-Pai* – a primeira interdição que se apresenta e que estrutura o *inconsciente* do indivíduo⁴⁷ –, eis que é a partir dela que é inserido na linguagem e tem acesso à cultura, ao *Simbólico*. E o *Direito*, na forma que se conhece, também procura estabelecer a ordem social, colocando limites às *pulsões*,

⁴⁵ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: *Revista ANAMATRA*. São Paulo, n. 21, 1994, p. 49.

⁴⁶ LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 96-103. Para Lacan, o indivíduo é um animal de nascimento prematuro, carente e sem capacidade de viver sozinho, motivo pelo qual surge a necessidade de viver em sociedade. Primordialmente capturado pela imagem da mãe, depois por intrusos e ao final pela sua própria imagem refletida no espelho, momento em que se aliena para sempre, nesse outro que é ele mesmo. Esse movimento é de buscar refazer o vínculo perdido... e a plenitude é impossível....

⁴⁷ BARROS, Fernanda Otoni de. *Do Direito ao Pai*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 94: “Falar de Édipo é introduzir como essencial a função do pai na ordenação das relações do sujeito com a moral, ou seja, na formação do supereu, em relação à realidade e às suas identificações, ou seja, o seu ideal do eu.”

na pretensão de coibir o excesso de gozo em nome da *Civilização*. Busca barrar os impulsos, principalmente dos que não conseguem respeitá-los sem (a ameaça de) sanção⁴⁸. Na construção, pois, de sua *singularidade*, o trilhamento pelo *Édipo* irá organizar o aparelho psíquico fundando sua relação com o *laço social*, dado que enseja a entrada e a saída desse *Complexo*.

Nesse movimento instaurado pela mãe, já que é ela a veiculizadora da Lei do Pai, o *enfant* percebe a ameaça de *castração*⁴⁹ inscrita em seu nome, uma vez que o Pai interdita seu objeto de prazer (narcisismo primário), deslocando a atenção sobre si, sendo que o infante pensa(va) possuir o que falta na mãe – *falo* –, autorizando sua busca de identificação do *eu* no Pai. Dito de outra forma, o *Pai* assume (identificação secundária) a *identificação primária* com a *Mãe* no lugar do *significante* primevo, inaugurando a dimensão do *desejo*, agora *deslocando*⁵⁰. Significa a renúcia ao gozo e não ao órgão genital, transferida para o *Outro*. O *falo* é o *significante* (do *desejo*) da completude imaginária impossível de se realizar, porque o *falo* é inacessível, é da ordem do *Real*:

Lembro a vocês a maneira como dou suporte a esse termo de contingência. O *falo* – tal como a análise o aborda como ponto chave, o ponto extremo do que se enuncia como causa do desejo – a experiência analítica pára de não escrevê-lo. (...) O *não pára de não se escrever*, em contraposição, é o impossível, tal como o defino pelo que ele não pode, em nenhum caso, escrever-se, e é por aí que designo o que é da relação sexual – a relação sexual não pára de não se escrever.⁵¹

2 – Ao contrário de *Édipo*, o sujeito arreda seus impulsos para com a função materna e o ciúme do pai, vagando na existência sem entender os mecanismos *inconscientes* trilhados no registro do *Simbólico* que o impelem a ‘só-negar’ as imagens primevas, recalçadas para o sempre. Vendar os olhos para os desejos

⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos Tribunais...*, p. 45: “A lei jurídica é um interdito proibitório dos impulsos inviabilizadores do convívio social.”

⁴⁹ LACAN, Jacques. *O seminário: as formações do inconsciente*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. (Livro 5), p. 177-178: “Lembre-se da observação do Pequeno Hans, onde é a mãe quem diz: – Ponha isso para dentro, isso não se faz. Em geral, na maioria das vezes, é a mãe quem diz: – Se você continuar a fazer isso, vamos chamar o doutor para cortá-lo fora. (...) A castração é um ato simbólico cujo agente é alguém real, pai ou mãe, que lhe diz: ‘Vamos mandar cortá-lo’ e cujo objeto é um objeto imaginário – se o menino se sente cortado é por imaginar isso.”

⁵⁰ BARROS, Fernanda Otoni de. *Do Direito ao Pai...*, p. 38: “A partir da constituição edípica, no encontro com o rochedo da castração, a criança terá de abandonar seus impulsos narcisistas e se lançar em desvios. Terá de suportar o mal-estar, contentar-se com as satisfações parciais, com o limite alheio e submeter-se às leis da civilização.”

⁵¹ LACAN, Jacques. *O seminário: mais, ainda...*, p. 127-128.

infantis, incestuosos e parricidas, decorre do pavor de reconhecer essa instância inscrita no *inconsciente*, mas que está lá.... lá... A fase de *latência* possui especial função nesse deslocamento⁵².

A inscrição da Lei, indicada no *Complexo de Édipo* é substituída por identificações, formando a instância do *supereu*, trilhado pela autoridade Paterna e a proibição do *incesto*, que acabam se transformando em impulsos de afeição movidos pela ameaça de *castração* e do *falo* que remanesce. Mas esse objeto *imaginário* capaz de dar a completude, uma vez interditado pela intervenção Paterna, protraí os efeitos, possibilitando, todavia, sua inscrição na ordem do desejo de gozar o tudo (im)possível.

Não é difícil entender que a construção do sujeito se dá pelo efeito dos limites. Afinal, são eles que permitem desejar; desejar o que se não tem. Claro! Deseja-se o que se não tem. O que se tem, goza-se! Goza-se, por evidente, o quanto é possível, até porque não é possível gozar tudo, por pura sorte ou, como querem alguns, por graça de Deus. Afinal, não teria sentido seguir vivendo se não fosse para tentar encontrar, amanhã, o gozo que hoje não se encontrou. Sem ter o que fazer amanhã, por primário, restaria pouco para viver, num equilíbrio muito perigoso, mormente quando se começa a projetar o suicídio como forma última de expressão da diferença: como uma forma de se fazer presente.⁵³

3 – As identificações constituem o *ideal do eu*, um paradigma – no qual se depositam o amor de líder –, e é o que faz com que se possa aceitar as renúncias pulsionais que a *Civilização* impõe, tudo vindo de uma fonte externa⁵⁴. Sob os riscos de se estabelecer a insegurança antecedente, os irmãos de horda acabam acedendo ao pacto de igual, renunciando a onipotência⁵⁵. Nenhum deles mais se apoderará do poder e o *Totem* os lembrará disso.

⁵² LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*: ensaio de análise de uma função em psicologia. Trad. Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 43.

⁵³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sonhocídio: Estragos Neoliberais no Ensino do Direito ou ‘La Busqueda del Banquete Perdido’ como diria Enrique Mari. In: *Em busca dos Direitos Perdidos – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 99.

⁵⁴ FREUD, Sigmund. O Mal-Estar da Civilização..., p. 21: “Aqui observamos com surpresa e preocupação que a maioria das pessoas obedece às proibições culturais nesses pontos apenas sob pressão da coerção externa, isto é, somente onde essa coerção pode fazer-se efetiva e enquanto deve ser temida.”

⁵⁵ FREUD, Sigmund. O Mal-Estar da Civilização..., p. 24: “Já falamos da hostilidade para com a civilização, produzida pela pressão que esta exerce, pelas renúncias do instinto que exige. Se se imaginarem suspensas as suas proibições – se, então, se pudesse tomar a mulher que se quisesse como objeto sexual; se fosse possível matar sem hesitação o rival ao amor dela ou qualquer pessoa que se colocasse no caminho, e se, também, se pudesse levar consigo qualquer dos pertences de outro homem sem pedir licença –, quão esplêndida, que sucessão de satisfações seria a vida! É verdade que logo nos deparamos com a primeira dificuldade: todos os outros têm exatamente os mesmos desejos que eu, e não me tratarão com mais consideração do que eu os trato.

Arrostado pelo *Princípio da Realidade*, de não poder mais a totalidade realizar o *Princípio do Prazer*, o sujeito procura suportar as agruras da vida, seus sofrimentos, por medidas que lhe possam permanecer vivendo, indo em busca do horizonte de felicidade, impossível⁵⁶. A imposição da *Civilização*, numa leitura *freudiana*, manifestada pela Lei, teria o condão de proteção contra a natureza e propiciar as relações entre indivíduos, obrigando que se dê caminhos às *pulsões* agressivas.

4 – Assim, o homem e seu estado de desamparo vaga na procura de alguém que possa lhe indicar os caminhos da felicidade, livrando-o da crueldade do destino e da morte. E o que procura? O *falo* é um *significante* ordenador da estrutura e que remete ao *desejo* que é *desejo* do *Outro*, primordial da mãe (narcisismo primário), e depois lançado no mundo do desejo (sujeito à castração). Articula-se, no desenvolvimento do infante como necessário para sua constituição de sujeito, impondo a busca de um clone ideal do que não tem, mas precisa ter para satisfazer o *Outro*, o seu desejo⁵⁷. Nessa relação fálica entre a mãe e o filho, o *Nome-do-Pai* vai funcionar para interditar/privar a relação (perfeita), impondo uma reflexão de ambos os lados no sentido de terem perdido a completude, inscrevendo a partir de então o *desejo* e o *recalque* originário. Dito de outra maneira, do enleio do *Complexo de Édipo* e a *proibição do incesto* ao ser instaurada pela Lei Paterna, não precisa, entretanto, vir do Pai, dado que a mãe é que precisa se colocar como objeto do desejo paterno, já que sem isso não se emite a Lei. No exercício dessa função

Assim, na realidade, só uma única pessoa se poderia tornar irrestritamente feliz através de uma tal remoção das restrições da civilização, e essa pessoa seria um tirano, um ditador, que se tivesse apoderado de todos os meios de poder. E mesmo ele teria todos os motivos para desejar que os outros observassem pelo menos um mandamento cultural: ‘não matarás’.”

⁵⁶ FREUD, Sigmund. O Mal-Estar da Civilização..., p. 90-91: “O programa de tornar-se feliz, que o princípio do prazer nos impõe, não pode ser realizado; contudo, não devemos – na verdade, não podemos – abandonar nossos esforços de aproximá-lo da consecução, de uma maneira ou de outra. Caminhos muito diferentes podem ser tomados nessa direção, e podemos conceder prioridades quer ao aspecto positivo do objetivo, obter prazer, quer ao negativo, evitar o desprazer. Nenhum desses caminhos nos leva a tudo o que desejamos. A felicidade, no reduzido sentido em que a reconhecemos como possível, constitui um problema da economia da libido do indivíduo. Não existe uma regra de ouro que se aplique a todos: todo homem tem de descobrir por si mesmo de que modo específico ele pode ser salvo. Todos os tipos de diferentes fatores operarão a fim de dirigir sua escolha. É uma questão de quanta satisfação real ele pode esperar obter do mundo externo, de até onde é levado para tornar-se independente dele, e, finalmente, de quanta força sente à sua disposição para alterar o mundo, a fim de adaptá-lo a seus desejos. Nisso, sua constituição psíquica desempenhará papel decisivo, independentemente das circunstâncias externas. O homem predominantemente erótico dará preferência aos seus relacionamentos emocionais com outras pessoas; o narcisista que tende a ser auto-suficiente, buscará suas satisfações principais em seus processos mentais internos; o homem de ação nunca abandonará o mundo externo, onde pode testar sua força.”

⁵⁷ LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 866.

paterna, além de interditar a mãe e seu desejo, demonstra a privação materna do *falo*. Ele priva e instaura o desejo de ter o objeto desejado, diz **Lacan**: “O objeto a é algo de que o sujeito, para se constituir, se separou como órgão. Isso vale como símbolo da falta, quer dizer, do falo, não como tal, mas como fazendo falta, do falo que faz falta. É então preciso que isso seja um objeto – primeiramente, separável – e depois, tendo alguma relação com a falta.”⁵⁸

Daí em diante o sujeito clivado buscará preencher essa *falta* constitutiva, lançando-se para além de tudo que possa representá-la, dar conta, simbolizar e viver. Saindo do narcisismo primário e entrando na constituição do sujeito, ciente desta ‘outra cena’, consoante adverte **Marques Neto**: “O sujeito da Psicanálise somente pode ser concebido por referência a uma Outra cena, a um descentramento – que lhe é constitutivo – de toda dimensão de intencionalidade consciente.”⁵⁹

§ 5º – **Lacan** e o *Estádio do Espelho*

“Nada é mais difícil de suportar que uma sucessão de belos dias.” **Goethe**

1 – Diante de suas pesquisas sobre o ‘*narcisismo*’, **Lacan** irá desenvolver o ‘*Estádio de Espelho*’ preocupado com a relação entre o sujeito e o meio social, isto é, das relações com o semelhante, o ‘*outro*’. O movimento do *Estádio de Espelho* acode com o desejo relacionado com a projeção do *outro*, repetindo-se no decorrer da vida, numa relação dialética entre o *Simbólico* e o *Imaginário*, mediados pela Lei, destacando seu caráter estrutural. O que se produz é uma identificação decorrente da transformação do sujeito quando assume esta imagem (*imago*), mediante a intervenção de um terceiro nomeador – instância simbólica. Com isto se implanta o ‘narcisismo primário’, encontrando o ‘eu’ sua origem. Este ‘eu’ unificado, totalizado, introduz uma disjunção na própria temporalidade do sujeito. O efeito, capturado pelo sujeito, é marcado pela fascinação e júbilo, de um gozo, da criança em frente ao espelho. O olhar do espelho será nomeado pela portadora da palavra: a mãe. É porque a mãe fala que pode se estabelecer a relação imaginária. Com a nomeação o ser deixa seu estatuto, para não mais estar lá, por nomeado, constituindo-se em

⁵⁸ LACAN, Jacques. *O seminário: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise...*, p. 101.

⁵⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Sujeitos Coletivos de Direito...*, p. 80.

efeito do *significante*, e sendo, portanto, um lugar vazio. Logo, o indivíduo é antes de mais nada um ser de linguagem. Em outras palavras, a contribuição de **Lacan** é fundamental para compreensão da constituição da estrutura do sujeito⁶⁰, constituindo-se o *Estádio do Espelho* o momento pelo qual o *infans* é lançado numa identidade alienante de uma imagem⁶¹. Nessa etapa ele evidencia sua imagem como objeto da observação, antecipando uma pretensão de completude impossível de ocorrer na fase em que se encontra, mas que dá a percepção de um *outro*⁶², chegando **Lacan** a afirmar que: “*Ela se expressa bastante bem na fulgurante fórmula de Rimbaud – os poetas, que não sabem o que dizem, como é bem sabido, sempre dizem, no entanto, as coisas antes dos outros – [Eu] é um outro.*”⁶³

2 – Na constituição posterior do sujeito, esta etapa apresenta um valor fundante inafastável, dado que a imagem vai se tornar seu *ideal*, precipitando a sua compreensão de si mesmo⁶⁴. Além de sua própria imagem, as do que garantem sua vida, acabam se tornando seus objetos sexuais. A imagem concede ao sujeito a fantasia de seu próprio domínio. Aquela imagem refletida, inscrita no registro do *Imaginário*, dando a sensação de completude, ideal, protraí-se durante a vida do sujeito, numa busca incessante pela possibilidade de preenchimento, jamais conseguida, todavia. E, essa tensão de preenchimento imaginário solapa seu desejo, sempre insatisfeito. A imagem especular, funcionando como ideal

⁶⁰ FINK, Bruce. *O sujeito lacaniano...*, p. 55-70.

⁶¹ JORGE, Marco Antonio Coutinho. *Fundamentos da psicanálise de Freud a Lacan*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. v. 1, p. 45: “A vivência de unidade que o bebê tem nesse momento, com a súbita obtenção de um contorno nítido e definido, estabelece a passagem da sensação de um *corpo espedaçado*, no qual há uma indiferenciação entre seu corpo e o de sua mãe, para a do *corpo próprio*. Por esse fato, desde esse período tão precoce lhe é permitido o acesso à dimensão do recalque das pulsões parciais, que se não integram com harmonia a essa imagem unitária do eu ideal.”

⁶² LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 182-186: “Assim, ponto essencial, o primeiro efeito que aparece da *imago* no ser humano é um efeito de *alienação* do sujeito. (...) O que chamei de assunção triunfante da imagem, com a mímica jubilatória que o acompanha, a complacência lúdica no controle da identificação especular, após o mais breve balizamento experimental da inexistência da imagem atrás do espelho, contrastando com os fenômenos opostos no macaco, pareceu-me manifestar um desses fatos de captação identificatória pela *imago* que eu estava procurando isolar. Ele se relacionava da maneira mais direta com a imagem do ser humano que eu já encontrara na organização mais arcaica do conhecimento humano.”

⁶³ LACAN, Jacques. *O seminário: o ‘eu’ na teoria de Freud e na técnica da psicanálise*. Trad. Marie Christine Laznik Penot. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. (Livro 2), p. 14.

⁶⁴ LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 101-102: Esse momento em que se conclui o estágio do espelho inaugura, pela identificação com a *imago* do semelhante e pelo drama do ciúme primordial (...), a dialética que desde então liga o [eu] a situações socialmente elaboradas. É nesse momento que decisivamente faz todo o saber humano bascular para a mediação pelo desejo do outro, constituir seus objetos numa equivalência abstrata pela concorrência de outrem, e que faz do [eu] esse aparelho para o qual qualquer impulso dos instintos será um perigo, ainda que corresponda a uma maturação natural – passando desde então a própria normalização dessa

inalcançável, constituirá o sujeito e suas relações de *amor* e *ódio* – *amódio* – com os outros, numa tensão entre o conforto de sua imagem e a agressividade decorrente do efeito dissonante⁶⁵.

Nesse movimento de tensão *imaginária* entre o *eu* e o *outro*, floresce a disputa, a competição pelo lugar, lugar completo e perfeito, lembrança da imagem especular, mas impossível. Isso gera uma disputa com e para o *outro*, o qual aparenta possuir o que o *eu* não tem, que goza o que o *eu* não pode⁶⁶. Nessas trocas relacionais o *outro* apresenta-se como um dilema – o que ele tem que *eu* não tenho? –, oscilando entre o amor e a ameaça, inscrita a partir da imagem primordial, geradora de um *fantasma* do *outro* que pode tanto aniquilar como erotizar a relação⁶⁷. Conseqüência disso são as possibilidades de movimentos de agressividade a partir da clivagem originária, constitutiva do seu *eu*, cujos efeitos da exclusão se farão sentir no receio de que o *outro* queira seu lugar e exclua, afaste ainda mais a colimada plenitude, oscilando entre o amor e o ódio, num equilíbrio vacilante e inconstante que refoge à razão. Sustenta **Philippi**:

Mas, se no reflexo do espelho o outro pode ser percebido como alguém que detém aquilo que é inacessível ao sujeito, essa mesma miragem, em virtude da antecipação de uma imagem unitária, possui, igualmente, um valor cativante para o ser humano, um ideal do eu, que lhe permite estabelecer relação com o mundo em geral. Enquanto na primeira fase do narcisismo o eu se situa como sendo o seu próprio ideal – inexistindo, portanto, nesse momento estrutural, qualquer instância transcendente ao sujeito como parâmetro para o estabelecimento de um outro tipo ideal –, em um segundo momento, caracterizado pela constituição de um ideal do eu, surge a possibilidade de uma mediação entre os homens, o que implica dizer que a alteridade como valor se encontra presente no registo do ideal do eu, a partir do qual se desenrola o campo da intersubjetividade inexistente ao

maturação a depender, no homem, de uma intermediação cultura, tal como se vê, no que tange ao objeto sexual, no complexo de Édipo.”

⁶⁵ LACAN, Jacques. *O seminário: mais, ainda...*, p. 121-141.

⁶⁶ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 167-168: “Assim, continua o autor, a referência do sujeito a qualquer outro possui sempre algo de derrisório. Quando o indivíduo refere-se ao seu semelhante como alguém que vive no equilíbrio, que é em todo caso mais feliz do que ele, que se não coloca questões e dorme um sono descansado, não se trata de um ciúme banal, mas sim de uma inquietação que nasce no homem a partir da sua relação com o outro – aquele que, imaginariamente, participa de uma certa forma de gozo, de uma superabundância vital, inacessível ao próprio sujeito.”

⁶⁷ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 168: “As trocas humanas comportam, com efeito, uma certa marca persecutória? O outro sempre traz consigo uma promessa de amor ou uma ameaça possível, que evoca no indivíduo o drama inicial da sua existência. O caos primordial – projeção dos medos, dúvidas e ruína possível do sujeito em face daquele que pode se revelar como perseguidor e malfeitor – permanece presente, mesmo de uma forma velada, nos pensamentos e gestos humanos. O sujeito confronta-se constantemente com a possibilidade de desintegrar-se, desde que a miragem fantasmática do carrasco converta-se em realidade.”

tempo do narcisismo primário, marcado pela primazia de um eu ideal.⁶⁸

3 – A satisfação decorrente do estar apaixonado promove a procura do retorno às condições infantis para amar, direcionadas ao objeto e capaz de remover as repressões e devolver as perversões, sendo que o *outro* é confundido com a satisfação do desejo. Por isso o estar apaixonado é uma tentativa de retorno, mesmo que fugaz, à pretensão de plenitude. Esbarra, todavia, na *pulsão de morte*, da qual o sono descortina e propicia aquilo que a vida não consegue curar, dado que se está alienado na existência da representação especular do *outro* que angustia e gera o medo⁶⁹.

§ 6º – O Sujeito do Direito e o Cumpra! Ou: O Superego obriga: Goza! É seu papel

“Psicanálise e direito têm como denominador comum a questão da relação entre a lei e o gozo.” Antônio Quinet

1 – Preparada a terra, então, estabelece-se o sentido da lei – metáfora do limite – na formação do *registro do Simbólico* dos ocidentais, identificada com a *palavra do pai – único sujeito* – garantidor da legalidade da estrutura, do aparelho psíquico. Esse lugar fundante do *Outro* tentará fazer a ponte entre as formações do *inconsciente* e a lei jurídica, bem como seus efeitos no *ato* de interpretação. A estrutura da Lei do *inconsciente*, estabelecadora do limite é desnudada, fazendo parte integrante das manifestações pessoais e sociais. A subjetividade ganha, assim, um novo componente não afeto às estruturas racionais, operando com mecanismos *cifrados* – do *Real* –, os quais poderão ser indicados pela *psicanálise*. O *sujeito* é uma construção, não nasce assim, assim..., enfim não se auto-funda, até porque é filho de alguém que deve ceder seu lugar de filho⁷⁰, tem um nome pré-

⁶⁸ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 170.

⁶⁹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 176: “Se é no nível do desejo de sono (...) que o desejo sem nome pode aparecer, é por tratar-se de um estado intermediário – esta modorra é o estado vital mais natural. A vida só pensa em morrer – morrer, dormir, sonhar talvez (...). A vida não quer sarar. A reação terapêutica negativa lhe é fundamentalmente própria. Sarar, aliás, o que é? Realização do sujeito por uma fala que vem de alhures e que o atravessa. A vida da qual somos cativos, vida essencialmente alienada, existente, vida no outro, está, como tal, conjugada à morte, ela sempre retorna à morte, e só é puxada para dentro de circuitos cada vez maiores e com maiores rodeios, por aquilo que Freud chama de elementos do mundo externo.”

⁷⁰ LEGENDRE, Pierre. *Lecciones VIII: el crimen del cabo Lortie – Tratado sobre el Padre*. Trad. Federico Álvarez. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 1994, p. 67: “Hay que volver a esta realidad antropológica de base para captar un punto muy delicado: cuando un ser humano se convierte en padre, no está subjetivamente

dado, e quando nomeado se aliena. Por sua história *singular* o *sujeito* pode redescobrir a constituição de sua *subjetividade* e a dos motivos pelos quais alguns juízes gostam tanto do Direito Penal, dos crimes sexuais, por exemplo (Cap. 8º).

Acolhendo o ‘interdito do incesto’ como a Lei originária – tal qual **Freud** –, **Lacan** argumenta que a ordem da linguagem inclui e representa essa Lei, dividindo as mulheres entre as proibidas e as permitidas, enunciada por um Pai, cuja função é a transmitir após ter recebido do seu. Assim, é a partir do ‘Nome-do-Pai’, situado no *Simbólico*, que o sujeito irá articular suas relações *Imaginárias* e *Reais* com seu Pai, mediado pela linguagem. Para existir a palavra, contudo, é necessário a existência do *Outro*, sem que exista um *Outro* do *Outro*, isto é, metalinguagem. A importância da linguagem é destacada por **Lacan**, mas com a nomeação a ‘coisa’ apontada desaparece e surge a palavra. A função da análise é introduzir o sujeito na ‘linguagem de seu desejo’, esperando que desapareça o *sintoma*.

2 – De sorte que **Freud** aponta ser o *superego*⁷¹ formado a partir dos restos do *Complexo de Édipo*, materializados pela *voz que adverte* e o *olhar que vigia*, é o portador de uma tripla *função*, consubstanciada pela (i) auto-observação, (ii) consciência moral e (iii) função de *ideal*, forjada a partir da admiração de perfeição que a criança possuía pelos pais na infância. **Lacan**, por sua vez, indica que o *eu*

en un lugar automático de padre frente al recién venido, sino que debe conquistar esse lugar renunciando a su propio estatuto de hijo. Dicho de otro modo, debe morir en su condición de hijo para cederla a su hijo. Contrariamente a las apariencias, esto no es algo obvio; este balanceo no puede cumplirse más que si ya su propio padre había cedido su lugar de hijo, y así sucesivamente. ... Para un padre, seguir siendo hijo significa, con respecto a su propio hijo, dirigir a éste una demanda de hijo, o, dicho de otro modo, ponerlo en el lugar de padre.”

⁷¹ FREUD, Sigmund. O Mal-Estar da Civilização..., p. 139: “Embora talvez não seja de grande importância, não é supérfluo elucidar o significado de certas palavras, tais como ‘superego’, ‘consciência’, ‘sentimento de culpa’, ‘necessidade de punição’ e ‘remorso’, as quais é possível que muitas vezes tenhamos utilizado de modo frouxo e intercambiável. Todas se relacionam ao mesmo estado de coisas, mas denotam diferentes aspectos seus. O superego é um agente que foi por nós inferido e a consciência constitui uma função que, entre outras, atribuímos a esse agente. A função consiste em manter a vigilância sobre as ações e as intenções do ego e julgá-las, exercendo sua censura. O sentimento de culpa, a severidade do superego, é, portanto, o mesmo que a severidade da consciência. É a percepção que o ego tem de estar sendo vigiado dessa maneira, a avaliação da tensão entre os seus próprios esforços e as exigências do superego. O medo desse agente crítico (medo que está no fundo de todo relacionamento), a necessidade de punição, constitui uma manifestação instintiva por parte do ego, que se tornou masoquista sob a influência de um superego sádico; é, por assim dizer, uma parcela do instinto voltado para a destruição interna presente no ego, empregado para formar uma ligação erótica com o superego. Não devemos falar de consciência até que um superego se ache demonstravelmente presente. Quanto ao sentimento de culpa, temos de admitir que existe antes do superego e, portanto, antes da consciência também. Nessa ocasião, ele é expressão imediata do medo da autoridade externa, um reconhecimento da tensão existente entre o ego e essa autoridade. É o derivado direto do conflito entre a necessidade do amor da autoridade e o impulso no sentido da satisfação instintiva, cuja inibição produz a inclinação para a agressão.”

ideal está investido de uma função *imaginária* em constante relação com o *ideal do eu*, agindo na função *simbólica*, empurrando o sujeito no campo social:

O fim do complexo de Édipo é correlativo da instauração da Lei como recalcada no inconsciente, mas permanente. É nessa medida que existe algo que responde no simbólico. A lei não é simplesmente, com efeito, aquilo sobre o que nos perguntamos por que, afinal, a comunidade dos homens nela é introduzida e implicada. (...) Esse supereu tirânico, fundamentalmente paradoxal e contingente, representa por si só, mesmo entre os não-neuróticos, o significante que marca, imprime, impõe o selo no homem de sua relação ao significante. Há no homem um significante que marca sua relação ao significante, e a isso se chama o supereu. Existem, mesmo, muito mais que um deles, e a isso se chama sintomas.⁷²

Destarte, o *ideal do eu* traz consigo a equação das identificações simbólicas do *ego*, possibilitando a transcendência da agressividade remanescente do *Complexo de Édipo*, da imagem do *Pai* substituída no contexto social por novos *ideais do eu*, autorizando a compreensão das relações em grupo. O sentimento de *culpa* manifesta-se sob duas fontes: o medo de uma autoridade e do *superego*⁷³.

O *superego* impõe os limites ao *ego*, recriminando-o e instalando o sentimento de *culpa* e a conseqüente punição. Por esse estratagema a *Civilização* costura o *laço social*, impedindo o gozo desenfreado, numa voz inscrita no sujeito e que lhe impõe interditos de consciência. O *inconsciente* não pode ser entendido, pois, como um *locus* a ser racionalizado, dado que é constituído por representações que movem o sujeito, que está ali, mas não é propriedade racional do ser.

Assim, o *superego* primário, da infância, uma vez sublimado pelas imagens paternas vai, no decorrer da vida, sendo ocupado pela dos professores, magistrados do Tribunal, ídolos, juristas reconhecidos pelo *senso comum teórico*, ícones, exemplos *ideais do eu*, transbordando os limites familiares no nível do *eu*; remanescendo no trilhamento do *superego*, contudo, a inscrição primeva, os restos

⁷² LACAN, Jacques. *O seminário: a relação de objeto*. Trad. Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. (Livro 4).

⁷³ FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar da Civilização...*, p. 130-131: “A primeira insiste numa renúncia às satisfações instintivas; a segunda, ao mesmo tempo em que faz isso exige punição, de uma vez que a continuação dos desejos proibidos não pode ser escondida do superego. Aprendemos também o modo como a severidade do superego – as exigências da consciência – deve ser entendida. Trata-se simplesmente de uma continuação da severidade da autoridade externa, à qual sucedeu e que, em parte, substituiu. Percebemos agora em que relação a renúncia ao instinto se acha com o sentimento de culpa.”

do *Complexo de Édipo*, não só constituidor da *civilização*, mas do seu *mal-estar*⁷⁴. Mas o ego não dá conta do seu *desejo*, tamponando a situação com representações temporais que, sempre vazam, reiterando a *falta* constitutiva.

3 – O *ser*, então, é arremessado num mundo de *linguagem*⁷⁵, *Simbólico*, desejante, instituído socialmente e repassado pelos circundantes, pelo e no qual travará suas relações⁷⁶, sem que esses mesmos circundantes tenham o domínio de sua instituição no registro *Simbólico* compartilhado e regido pelo *Outro*, necessário à manutenção do *laço social* e de sua inserção no discurso. Esse movimento de reconhecimento, de mandato autorizado a partir do *Outro*, reflete-se na inscrição do *Nome do Pai no superego*, única instância capaz de garantir o *laço social* do ser sujeito-sujeitado – sub(jeito). E esse espaço é preenchido por alguma palavra significante que irá gerar na cadeia de significantes a legitimidade do mandato delegado pelo *Outro*⁷⁷, como se verifica no ‘discurso sobre a servidão voluntária’ de **La Boétie**⁷⁸ (Cap. 7º).

A relação do gozo com a perda decorre da impossibilidade do gozo e sua busca demonstra que o sujeito encontra-se excluído do paraíso da unidade, sendo que a única possibilidade dessa plenitude se materializa pela morte, o fim do desejo. Ao não poder fugir da onisciência desse *Outro*, o sujeito se *culpa*, encontrando-se num beco. A pretensão de gozar tudo é impossível, como num tiro que não sai

⁷⁴ FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar da Civilização...*, p. 127: “Podemos estudá-lo na história do desenvolvimento do indivíduo. O que acontece neste para tornar inofensivo seu desejo de agressão? Algo notável, que jamais teríamos adivinhado e que, não obstante, é bastante óbvio. Sua agressividade é introjetada, internalizada; ela é, na realidade, enviada de volta para o lugar de onde proveio, isto é, dirigida no sentido de seu próprio ego. Aí, é assumida por uma parte do ego, que se coloca contra o resto do ego, como superego, e que então, sob a forma de ‘consciência’, está pronta para pôr em ação contra o ego a mesma agressividade rude que o ego teria gostado de satisfazer sobre outros indivíduos, a ele estranhos. A tensão entre o severo superego e o ego, que a ele se acha sujeito, é por nós chamada de sentimento de culpa; expressa-se como uma necessidade de punição. A civilização, portanto, consegue dominar o perigoso desejo de agressão do indivíduo, enfraquecendo-o, desarmando-o e estabelecendo no seu interior um agente para cuidar dele, como uma guarnição numa cidade conquistada.”

⁷⁵ LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 273: “Ninguém deve desconhecer a lei: essa fórmula transcrita do humor de um Código de Justiça, exprime no entanto a verdade que nossa experiência se fundamenta e que ela confirma. Nenhum homem a desconhece, com efeito, já que a lei do homem é a lei da linguagem.”

⁷⁶ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 197: “Mesmo antes de nascer, o homem já faz parte de um mundo de palavras que o distinguem enquanto lugar de desejo..”

⁷⁷ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 200-201: “Cada vez que o homem imagina alguém no seu lugar, ama e se submete aos seus mandamentos. Dorme, enquanto ele vela por todos. O guia espiritual, o grande líder, o Führer, o mercado (quem sabe?) assume, nessas condições, o mandato, sempre por delegação, daqueles que irão servi-lo, uma vez que nada – a não ser a crença compartilhada de que está autorizado pelo Outro – o torna habilitado a esse mando que arroga para si.”

⁷⁸ LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. Trad. J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 28: “São, portanto, os próprios povos que se deixam, ou antes, se fazem governar, pois

nunca, masca, e o sujeito aperta o gatilho novamente.... adiando-se o gozo pleno e gozando-se o possível. O indivíduo deixa de *ser* o falo para *ter* desejo⁷⁹, procurando substitutos imaginários.

4 – A lei jurídica editada, pois, em *Nome-do-Pai*, traz inscrita em si a legitimidade emanada deste *Outro* total, exercida por mandato por aqueles que se reconheceram como os procuradores autorizados a expedir o discurso jurídico em nome do *Pai* originário (terrível), mascarada pela colocação de palavras na cadeia de significantes: Deus, Razão, Legitimidade, as quais regerão a circulação das *Verdades* e dos indivíduos no mundo. E o ‘*Cumpra, é seu dever de obediência!*’, ressoa nítido pela inscrição no registro do *Simbólico* dessa transcendência do sujeito único, da qual o sujeito não tem a perfeita noção, mas se subjulga. O que está em jogo é a lei (simbólica), sua aplicação (imaginária), com o Poder Legislativo agindo em *Nome-do-Pai* e o juiz como o *Pai* ideal.

Sob pena de se reeditar a força do chefe da horda, os sujeitos em comunhão aderem à legalidade sob o *fantasma* da espada da violência, assentindo em oferecer suas *pulsões* em nome do ‘laço social’, cumprindo a lei que lhe pode dar a plenitude numa compulsão de salvação do crime originário, dando a tez dos ardorosos defensores do legalismo hermenêutico⁸⁰. Mesmo tendo eliminado o opressor, os

cessando de servir estarão livres; é o povo que se sujeita, que se corta a garganta, que, podendo escolher entre ser subjugado ou ser livre, abandona a liberdade e toma o jugo, que consente no mal, ou antes, o persegue.”

⁷⁹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 208-209: “Sucintamente, essa operação pode ser descrita nos seguintes termos: todo o terceiro que responder pela mediação da relação dual mãe/filho institui, por sua incidência, o alcance legalizador correspondente à interdição do incesto. O pai, ao qual se refere essa metáfora, distingue-se, então, a partir da apelação genérica ao pai simbólico, da existência concreta e histórica de um ser encarnado, designado como pai real, e da entidade fantasmática – o pai imaginário, sem o qual nenhum pai real poderia receber a investitura do pai simbólico. Essa última representação, no entanto, antes de remeter ao agente da paternidade, evoca um operador simbólico, aistórico, um significante, designado por Lacan como nome-do-pai.”

⁸⁰ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 221-223: “De fato, as diversas modalidades de explicação da legalidade imanente, para além da força e das justificativas racionais que compõem o seu texto, mantêm viva a remissão a um ponto de referência última, cuja função invariável consiste, justamente, em fomentar no sujeito a ilusão de uma possível completude. Como os diversos nomes da lei demonstram, há sempre um lugar que sabe aquilo que é bom para o homem, o que acaba, portanto, por desresponsabilizá-lo em relação às suas escolhas, como também em face da própria normatividade que regulamenta a sua existência. A manutenção dessa crença, por sua vez, leva à descaracterização da lei como um limite simbólico – uma metáfora possível para a articulação das trocas humanas e sociais –, na medida em que, antes de apontar para um marco constitutivo do sujeito, investe na direção oposta, ou seja: a possibilidade de uma obturação imaginária a partir da qual as barreiras interpostas à liberdade do ser humano não podem ser analisadas sem uma atenção particular à sua contraface – o gozo daquele que faz a lei e coloca-se acima dela, impondo aos indivíduos a vontade de um único sujeito que diz: Enfim, o paraíso é possível, ele é justamente aquilo que eu tenho para os obedientes! A respeito desse ato de fê, Freud alerta: enquanto o sujeito permanecer acreditando nos desígnios irrevogáveis de deus (ou dos seus prepostos), tudo o que lhe resta – como último consolo e como fonte de prazer possível – é uma submissão incondicional” Eis aqui, portanto, o que expressa o silêncio da lei!”

irmãos co-autores do crime originário erigiram o *Totem*, representado pela Lei, e apropriado pelo discurso capitalista, consoante sustenta **Sauret**:

O gozo perdido, eis aí um antecedente freudiano desse objeto *a* que causa o desejo. A psicanálise retirou daí uma tese forte: a incompatibilidade entre o laço social e o gozo. Precisamente, o laço social se faz ao preço da *subtração* de gozo, que ele regula ao reconstituir em torno de um tipo de gozo *permitido*. Mas nós podemos mostrar como o laço social contemporâneo sabe explorar o fato de que os sujeitos são desejantes, quer dizer, faltantes, lhes fazendo crer que a ciência fabricará o que lhes falta e que o mercado capitalista o porá à sua disposição. Caso eles faltem, isso é culpa de um gozador que se serve às suas custas: o pai primordial não está morto, ele toma a figura do Outro, o estrangeiro, a mulher (Argélia, Afeganistão), o juiz, o homossexual, até a criança (agitada, assassina, etc.).⁸¹

De sorte que somente tendo inscrito no registro do *Simbólico* o dever de submetimento ao *Nome-do-Pai* o sujeito está apto a aderir à obediência à lei jurídica, uma vez que o significante da Lei do Pai se protrairá na cadeia de significantes. Sua posição subjetiva diante da metáfora paterna será decisiva para suas relações com o *Simbólico*, com a lei e a cultura.

A criança, quando encontra na lei do pai um obstáculo à realização do seu desejo, um limite ao seu prazer, submete-se a essa castração. A partir de então, num recurso simbólico de deslocamento, passa a reconhecer a lei, onde quer que esta se apresente, submetendo-se a obedecer às autoridades que falam em seu nome, a partir dessa inscrição primeira, edipiana. Ao se submeter à lei do significante, inscrita pelo 'Nome-do-Pai', torna-se cidadã da ordem social, segue a Constituição, suporta a censura, numa ordenação própria da transmissão que na linguagem se opera, a transmissão da metáfora paterna.⁸²

5 – As teorias contratualistas, cada uma a seu modo⁸³, irão tentar dar conta desse momento fundamental, estruturador do 'laço social' a partir da vontade dos sujeitos, guiados pelo Estado, versão do *Totem*. A referência primeva, transcendente, quer Deus ou 'razão', procedem apenas uma mudança na palavra inicial, sem modificar a estrutura. O poder, assim, transita nessa crença de hipostasia, de preenchimento, impondo seus desígnios sob o pálio de um acordo

⁸¹ SAURET, Marie-Jean. A criança, o amor, o sintoma. In: *Revista Marraio: Formações Clínicas do Campo Lacaniano*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 21, 2002.

⁸² BARROS, Fernanda Otoni de. *Do Direito ao Pai...*, p. 96.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; MARQUES NETO, Agostinho Marques. A concepção de direito em Hobbes. In: Doutrina. Rio de Janeiro, p. 558-582, 1996.

pressuposto, colocando os sujeitos em fila⁸⁴. Mudam-se os nomes, as justificações, sem que a estrutura reste abalada: *“quando a explicação divina acerca das normas destinadas a reger o gênero humano começa a perder prestígio, a lei deixa de ser percebida como produto de uma autoridade transcendente para identificar um ditame da razão do qual o homem é o autor.”*⁸⁵

§ 7º – Legendre e o ‘Amor do Censor’

“O sujeito pode apenas desejar, só o objeto pode seduzir.”
Jean Baudrillard

1 – A crença, a fé dessa legitimidade exercida em nome do *Outro* leva o sujeito a obedecer aos mandamentos, enfim, crer na lei. **Legendre** aduz que: *“O discurso jurídico é o discurso do poder por excelência e o Direito se revela como a mais antiga ciência para dominar e fazer marchar a humanidade. Dominar e marchar segundo as técnicas de fazer crer”*⁸⁶. Fazer amar é o mote, e a Igreja soube bem articular esse discurso, cuja estrutura remanesce atualmente com outras etiquetas, máscaras. Obliterar o gozo é a missão do sistema jurídico que se presta a garantir e legitimar o discurso do poder, da opressão da minoria que dispõe, numa sociedade capitalista, dos meios de legitimação⁸⁷. Por isso, com **Legendre** se pode compreender como essa estrutura se organizou de forma tão indelével e cujos efeitos ainda são sentidos, evidentemente que com outras maquilagens; afinal, o espetáculo precisa de novos ‘mestres-vedetes’ e seus produtos.

⁸⁴ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 309: “O elemento atrativo que constitui a força desta lógica reside no fato de ela estar imbricada com um mito – o Ausente – e com a palavra articulada por sua inspiração, indicando, com isso, que persiste nessa designação específica uma função invariável, qual seja: a possibilidade de mobilizar as crenças no poder e, nessa via, fazer com que os sujeitos se ponham em fila. Eis aqui o ponto a partir do qual o social e o inconsciente se entrecruzam, mostrando nessa junção específica que os indivíduos, recuperados pelo discurso jurídico, não são os sujeitos livres do direito, mas o imaginário deles. A ordem jurídica laica constituída na era moderna continua, portanto, a assegurar, para os herdeiros do dogmatismo medieval, as mesmas funções e finalidades anteriormente sustentadas pelas práticas religiosas. O que se modificou no transcorrer desse tempo foi o revestimento simbólico da lei, que, no entanto, continua a manter intocável a relação de autoridade estabelecida para reger o gênero humano.”

⁸⁵ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 311.

⁸⁶ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 7.

⁸⁷ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 338-339: “A realidade, para além das narrativas que procuraram fundamentar o poder do homem sobre o homem, revela que a sociedade humana, desde os seus primórdios, é marcada por níveis diferenciados de domínio. Nesse universo desigual, o direito historicamente cumpriu o papel de expressar a vontade de uma minoria, que se comporta, em relação à maioria, como um indivíduo violento. As leis sempre foram elaboradas por e para os detentores do comando político, que deixaram pouco espaço para a inscrição dos direitos daqueles que se encontram em estado de sujeição.”

Agindo em nome desse mandato, o Estado⁸⁸, por meio do Direito, edita regras de convivência as quais devem ser obedecidas em nome do *amor*, o *amor do censor*, sob pena de se instaurar a barbárie, como diz **Legendre**: “*A crença, eis para nós um termo chave, a fim de convencer o leitor de que, na instituição social como na neurose, não estamos longe do fazedor de feitiços. O trabalho do jurista (depois, o de seus sucessores hoje na empresa dogmática) é exatamente a arte de inventar as palavras tranqüilizadoras, de indicar o objeto de amor onde a política coloca o prestígio e de manipular as ameaças primordiais.*”⁸⁹ Traz consigo, entretanto, o poder fundamentador da crença⁹⁰, da maneira que explica **Miranda Coutinho**:

O discurso do direito, por este viés, é, por excelência, um discurso da *totalidade*, só possível através de um instrumental dogmático infalível: ‘a *crença de amor*’. Ideologia, mitos, *fictio iuris*: um sujeito jogado no mundo mas amparado pela *esperança*. De tanto em tanto basta mudar o discurso, se a *crença* mantém-se intacta. Foi isso que aconteceu na Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade representam o supra-sumo de uma racionalidade iluminista. Estatuiu-se a *verdade única*, substituindo-se o *príncipe pelo princípio* (Ortega y Gasset). A *igualdade*, nunca se negou, é meramente formal, mas isso é uma cunha indesejável a um imaginário que não suporta a *mera possibilidade* de ser furado.⁹¹

Sob a ameaça da insegurança, da castração, alinhando a culpa singular do sujeito, o Direito articula técnicas de pressão que prometem a ele a plena segurança, a paz social, almejadas pelo sujeito clivado desde a origem, em sua tentação de existir, instalando as práticas opressivas deslizadas na cadeia de significantes a partir de uma palavra redentora advinda do *Outro*⁹². Nesse campo e mediante uma

⁸⁸ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*: a epistemologia jurídica da modernidade. Trad. José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 61: “O Estado pode, desta maneira, ser descrito como fundamento simbólico de um sistema de instituições. É o poder mistificado em um discurso unitarista que encarna a autoridade e nos brinda segurança. O Estado como discurso de poder, a vigilância e a disciplina social supõe a existência de uma língua legítima que censura e manipula o imaginário dos sujeitos para constituir a cultura oficial.”

⁸⁹ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 24.

⁹⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*: a epistemologia jurídica da modernidade..., p. 82: “‘O amor ao censor’ é uma noção teórica proposta por Legendre – que tem-se que entendê-la – conforme Enrique Mari – como estrutura libidinal no sentido freudiano, estrutura de crenças onde o poder toca o nó do desejo. O amor joga um papel central nas explicações que Legendre formula para mostrar como as instituições produzem socialmente a subjetividade, mobilizando crentes. São os afetos que se mobilizam para a aceitação mágica das crenças que sustentam o poder. É também o poder que se mobiliza produzindo cartografias de desejos, afetos e impulsos que o favorecem, formulando um sistema de desejos, um paradigma normativo do amor que torna possível a mais-valia do poder. Se estabelece assim um duplo vínculo entre o amor e o poder. Por um lado de amor ao censor e por outro lado de amor censurado. Por essa dupla relação se produz socialmente a subjetividade.”

⁹¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal...*, p. 48-49.

⁹² BARROS, Fernanda Otoni de. *Do Direito ao Pai...*, p. 18: “Submissão dos seus súditos, pela crença na palavra vinda desse lugar sustentado pela ficção de um pai protetor e ao mesmo tempo censor.”

‘propaganda’ institucional relegitimante, joga-se com a ‘massa’ arremessada na *inautenticidade* (Heidegger – Cap. 5º), por onde esgueiram-se – antecipa-se – matreiramente os partidários do ‘Movimento da Lei e Ordem’ (Cap. 6º).

2 – Os *cavaleiros da prometida plenitude*, a partir dessas crenças, congregam em si o poder de dizer o que é bom para os demais mortais – *neuróticos* por excelência –, surgindo daí um objeto de amor capaz de fazer amar ao chefe censurador, tido como necessário⁹³ para manutenção do ‘laço social’. Portanto, o amor mantém a crença pela palavra do poder, as quais serão objetos de amor⁹⁴. A situação foi bem retratada por **Orwell**, quando em ‘1984’, *Winston Smith* conclui: “*Mas agora estava tudo em paz, tudo ótimo, acabada a luta. Finalmente lograra a vitória sobre si mesmo. Amava o Grande Irmão.*”⁹⁵ Não é à toa que os atores jurídicos dizem que *somente querem cumprir a lei*, numa subserviência alienada e apaixonada que lhes concederia um lugar ao lado do *Outro*. Na realidade, não é amor, mas identificação com o poder do líder que tudo pode, pois o mundo está dividido entre ele e os castrados e ao se identificar com ele surge a ilusão de não ser castrado (ser faltoso), numa relação dialética de amo-escravo⁹⁶.

Daí é que diante dos problemas sociais, os órfãos paternos clamam por novas leis, acreditando piamente que estas podem lhe dar o conforto para o seu desalento constitutivo⁹⁷. O movimento para que o *Outro* – o Legislador, o Ausente – estabeleça os limites, imponha a ordem e conceda o conforto primordial, ressurgue nos discursos sobre a cantilena das *necessárias e inadiáveis reformas legislativas*. Sempre se acredita que o *Outro* pode acertar. Afinal, *Ele é!*

3 – Abre-se, espaço, portanto, aos discursos jurídicos assentados sobre a razão que procuram dar conta da maneira pela qual o poder se legitima e se protrai,

⁹³ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 7: “A submissão se propaga, quando se torna desejo de submissão, quando a grande obra do poder consiste em fazer-se amar.”

⁹⁴ BARROS, Fernanda Otoni de. *Do Direito ao Pai...*, 2001, p. 34: “A crença no poder normativo do Estado tem sua matriz no amor a este lugar Ideal. É o amor que assegura a submissão, pois a palavra autorizada torna-se objeto de amor, de investimento, constituindo a estruturação de uma lógica que garante submissão e obediência às leis, amor ao chefe e ao censor.”

⁹⁵ ORWELL, George. *1984*. Trad. Wilson Velloso. São Paulo: Nacional, 1983, p. 277.

⁹⁶ ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado...*, p. 47-78.

⁹⁷ BARROS, Fernanda Otoni de. *Do Direito ao Pai...*, p. 40: “Mesmo que na realidade sejamos violentados pelo desamparo, não podemos abdicar da posição neurótica que faz do indivíduo um crente, única forma de manter o laço social, indispensável ao projeto neurótico. O descrédito nessa crença nos levaria à barbárie, e a civilização nos oferece a possibilidade desviada de satisfação libidinal, da qual não podemos prescindir. O ‘Nome-do-Pai’ produz um certo esvaziamento do gozo. O gozo aparece desde sempre interdito, o paraíso está irremediavelmente perdido, resta-nos o mal-estar das civilizações.”

colmatando regras de reconhecimento e justificações normativas. A vontade geral dos homens e o Poder Legislativo dos seus representantes, assumem a legitimidade formal para expedição de comandos normativos que, enunciados em ‘Nome-do-Pai’⁹⁸, geram a convicção do dever de cumprir: dever do bom cidadão⁹⁹.

Assim é que o Direito, agindo em nome do *Pai* e por mandato, opera na subjetividade humana ditando a lei como capaz de manter o ‘laço social’, com a promessa utilitária de *felicidade*. Como não o faz na condição de titular, sua atuação se dá sempre na condição de mandatário, impostor, preenchendo a falta originária do *desejo* que, todavia, habita uma morada transcendente ao próprio homem. Nesse movimento o poder humano de fixação do *Simbólico* somente se desnuda àqueles que se dão conta do encobrimento primário, da outra cena. E esse poder não é um poder divino, advindo de uma dádiva externa, mas é co-originado pelos próprios indivíduos, ou melhor, aos que detêm o poder e reproduzem sua eficácia sob o pálio de uma ordem superior. Em outras palavras, a submissão do homem (velado) pelo (discurso do) homem, (n)o registro do *Simbólico* atravessa a estrutura psíquica, trilhando seu registro para inscrever a obrigação de obedecer: faz!

Mediante o estabelecimento desse princípio, por metonímia, a palavra ganha contorno transcendente, o qual é preenchido na cadeia de significância – e durante a história –, por diversos significantes, dentre eles o divino, a razão, a força, o Direito (dos homens), todos vendidos como neutros e capazes de designar uma ordem reguladora de condutas baseada em interditos, justificadora, por sua vez, da utilização (legítima) da força e um lugar último para adequação do ‘laço social’¹⁰⁰. Ao se remeter para um lugar idealizado de referência, indicado na origem por uma

⁹⁸ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 61: “O Estado seria, assim, um ‘operador totêmico’, quer dizer, um coágulo de ficções e fetiches, um condensador significativo, um ‘topos lógico’ que mobiliza as crenças para a produção de desejos, poderes e saberes dominantes. É o lugar de formação da identidade cultural.”

⁹⁹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 12-13: “O pai, com efeito, opera na subjetividade humana ditando a sua Lei e autorizando àqueles que dele recebem o mandato a prescrever, em seu nome, as normas para os seres de boa vontade.”

¹⁰⁰ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 14: “No quadro desses argumentos, expressa sob a forma de mandatos divinos, constância ecumênica, ditame da razão ou norma de conduta neutra, a lei humana designou, recorrentemente: 1) um princípio de ordem regulador de enunciados e estruturador de comportamento que, apesar de não possuir uma forma unívoca de expressão, procura estabelecer os pressupostos éticos de uma sociedade a partir dos seus interditos fundamentais; 2) as articulações dos poderes instituídos que facultam – com o emprego da força – a sua inscrição no mundo, descrevendo a priori um único sentido possível para a compreensão e justificação das ações autorizadas dos sujeitos; 3) um topos singular ao qual foi historicamente reportado o sentido normativo válido para adequar as condutas dos indivíduos e as trocas sociais.”

palavra, “*configuram as máscaras inscritas no imaginário social permitem o poder de seguir.*”¹⁰¹

§ 8º – A influência da Herança Cristã no Direito contemporâneo

“Se alguém acha isso muito laborioso ou muito inseguro, ou se está habituando a certezas mais garantidas e a deduções mais elegantes, não deve prosseguir conosco.” Freud

1 – Depois de reconstruir o lugar da lei no decorrer da *Civilização*, partindo do imbricamento entre lei e religião, ambas advindas de um lugar transcendente, **Philippi** se debruça sobre o lugar da lei na Idade Média, trazendo a contribuição do pensamento *Escolástico* de **Santo Tomás de Aquino** e da doutrina *Patrística* de **Santo Agostinho**, os quais são de fundamental importância na maneira pela qual se organizou o Direito e Processo Penal neste período.

A tradição cristã erigiu o nascimento e morte de Cristo como o momento de fundação de sua autoridade, reproduzida pela pregação dos apóstolos, a qual levaria ao reino divino. Mesmo tendo o cristianismo aderido indissociavelmente à ‘*verdade*’ transcendente de maneira plena, o modelo começou a dar água quando não estabeleceu os limites entre o *divino* e o *racional*, precisando de um discurso teórico salvador. E esse argumento redentor foi indicado por **Santo Agostinho** ao remeter ao *divino* as fontes do saber humano, mediante o qual a *cidade da terra* poderia se espelhar para alcançar seu ‘laço social’ verdadeiro. A divisão em duas cidades – a de Deus e a dos Homens – faz com que o modelo a ser seguido seja o divino, sob pena de andar nas trilhas do diabo¹⁰². A espada do maligno impulsiona o homem à obediência daqueles que proferem legitimamente a palavra de *Deus* – a

¹⁰¹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 16.

¹⁰² PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 109-110: “Colocando as raízes das fontes do saber no intelecto divino, Agostinho dele deriva, igualmente, as diretrizes próprias ao domínio da Cidade terrestre. O eco da civilização romana, que desaparece gradativamente sob o impacto dos males da alma, desregramentos da vida e toda sorte de flagelos terríveis, deixa claro para Agostinho que a história da humanidade desenrola-se a partir da luta entre dois reinos – o de deus e o dos homens – que em cada indivíduo aspiram ao poder. No primeiro ser humano criado têm origem, não à luz da evidência, mas segundo a presciência de deus, duas sociedades das quais hão de proceder duas espécies de seres humanos: os companheiros de suplícios dos anjos maus e os homens bons que seguem o caminho de misericórdia e justiça traçado pelo Senhor. A esses grupos, esclarece o autor, misticamente dá-se o nome de Cidades, ou seja, comunidades de homens. Uma delas está predestinada a reinar eternamente com deus; a outra a sofrer o eterno suplício com o diabo. O desenvolvimento desses agrupamentos humanos compreende todo o lapso de tempo, também, chamado século, rápida sucessão de nascimentos e mortes, formadora do próprio curso da história.”

Igreja portadora das chaves da palavra divina –, incapaz de cometer injustiças e saber a medida de todos os interditos e as respectivas sanções. *“Isto encontraria seu corolário: a primeira instituição consiste nem mais nem menos nesse sistema unitário de uma ciência total, absolutista, ilimitada em suas aplicações pela virtude mecânica de sua própria lógica.”*¹⁰³

Auto-legitimando-se como a portadora da palavra divina e mantendo sob crença os fiéis, pela submissão do amor prometido ou mesmo pela força – *Inquisição*¹⁰⁴ –, a Igreja protraiu sua legitimação, manifestada por suas normas e seu processo. O Direito Canônico se erige, então, como a vontade de *Deus* revelada aos homens de boa esperança (de um mundo melhor), cuja obediência se mostrava como um dever, uma imposição ética justificada pela origem divina¹⁰⁵.

2 – A decisão a ser proferida, todavia, não se dá sem um ritual antecedente, uma liturgia, na qual a controvérsia é banhada por questões e respostas, dando o cariz legítimo da decisão da autoridade investida pelo Pontífice. Por possuir as ‘chaves do céu’, o Papa acomete o poder de julgamento a seus bispos, já que é detentor da ‘geração da palavra divina’ e seu avalista. A artimanha se completa porque ele assume o papel do ‘Ausente’, possuidor de qualidades plenas¹⁰⁶. É *“o indicativo da onipotência: o papa é o primeiríssimo, depois o mestre de tudo e de todos; referência dessa forma aos autores de belle époque.”*¹⁰⁷ Por ser o *Pai castrado* mas ao mesmo tempo ser o portador do *falo*, a ameaça inexistente, sendo que seu papel é de *“servo de um sacerdócio supremo, (...) desapossado de seus desejos*

¹⁰³ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 47.

¹⁰⁴ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 163-270. HAUSER, Ester Eliana; MARTEL, Leticia. Tribunais, Magistrados e Feiticeiras na Europa Moderna. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 205-256.

¹⁰⁵ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 114: “Como conjunto de normas de origem religiosa, o direito canônico corresponde à vontade de deus revelada nas Escrituras Sagradas e, desse modo, apresenta-se, para além dos costumes laicos que imperam no continente durante a Idade Média, como único conjunto de normas verdadeiramente válido para a universalidade dos homens.”

¹⁰⁶ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 62: “Só o papa pode usar insígnias imperiais. O papa é o único homem cujos pés são beijados por todos os príncipes. Ele é o único cujo nome é pronunciado em todas as igrejas. Seu nome é o único no mundo. É permitido a ele, quando a necessidade o exige, transferir um bispo de uma sé para outra. Ele pode, onde quiser, ordenar um clérigo de qualquer igreja. Nenhum sínodo pode ser chamado geral sem sua ordem. Nenhum texto canônico existe fora de sua autoridade. Sua sentença não deve ser reformada por ninguém e só ele pode reformar a todos. Ele não deve ser julgado por ninguém. Ninguém pode condenar uma decisão da Sé apostólica. A Igreja romana nunca errou e, como atesta a Escritura, jamais poderá errar. Com sua ordem e com a sua autorização, é permitido aos sujeitos acusar. O papa pode isentar os sujeitos do juramento de fidelidade feito aos injustos.”

¹⁰⁷ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 63.

por sua tarefa de pastor, (...) é a primeira vítima.”¹⁰⁸ Com esse estatuto o lugar do Papa independe do homem que o ocupe, porque ele tem a lógica e a resposta para os ‘homens de boa esperança’: é o *oráculo*.

A justificativa sacralizada exclui, assim, qualquer pretensão interpretativa diversa daquela advinda dos portadores da fala autorizada, deslocando a pretensão de **Tomás de Aquino**¹⁰⁹, segundo o qual a participação humana na produção de normas era aceita, para colmatar a figura do Pontífice como o único mandatário legítimo do Direito a ser seguido pelos homens¹¹⁰. O *Outro* irá estipular as regras de convivência, mantendo os homens em fé, sem problematizar a legalidade humana, remetida, dessa forma, a um lugar transcendente.

É absolutamente indispensável imaginar que o dogmatismo (conceito a ser retido, se ele engloba toda forma de juridismo, toda forma de apreensão regrada da letra, a partir de uma crença no Poder encerrada pelo texto) não opera de qualquer jeito, mas, ao contrário, não deixando nada ao acaso. É preciso se convencer bem disso; e é por aí precisamente que a ortodoxia da instituição interessará de imediato ao psicanalista: um discurso é ordenado para peneirar a verdade, reduzir-lhe o peso e definir para cada um seu lugar no processo; sem essa lembrança, nem a crença política nem a imposição de adestramento sob a regra são compreensíveis. A ilusão de que não haja outra verdade senão aquela, dita em nome do texto por seu intérprete qualificado, aí está o início do jogo institucional, na aproximação do discurso inserido em um escrito rigorosamente defendido. É por isso que o sistema ocidental das censuras é inseparável de um saber particular, o da norma escrita e do fechamento desta em um objeto autenticamente sagrado, o Livro.¹¹¹

Diante do Livro – diz **Legendre** – procede-se a retirada dos sentidos, de como ‘reza a lei’, através da ‘glosa’, entendida como ‘a leitura da palavra escolhida’, isolada de seu contexto, capaz de dar a (e não uma) versão, excludente das demais.

¹⁰⁸ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 65-66.

¹⁰⁹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 132: “O esboço dessa nova legalidade, no entanto, não pode ser compreendido sem a marca do pensamento escolástico que procura reinterpretar, a partir dos fundamentos sagrados do direito da Igreja, a produção normativa imanente. Pensado, igualmente, nos termos de uma *ratio escripta*, o produto dessa investigação erudita, expressa sob a forma de uma compilação – resumo de toda regra para a sociedade – e comentários autorizados, distingue, contudo, uma direção diversa daquela proposta por Tomás de Aquino (que reconhecia à razão humana participação na produção das normas e, consequentemente, nas possibilidades de sua justificação), privilegiando o fundamento da autoridade, forjado pelos romanos e estabelecendo a cadeia dos seus sucessores, dos quais o último ponto de referência é o pontífice: última garantia para o nome da lei.”

¹¹⁰ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 118-119 “Partindo da hipótese segundo a qual o mundo é governado pela Divina Providência, Tomás de Aquino afirma ser toda a comunidade regida pela razão proveniente de Deus – comandante do universo –, que possui a natureza de uma lei eterna, a qual, no entanto, não tem sido dado a ninguém conhecer – senão os bem-aventurados, que vêem deus em sua natureza última.”

¹¹¹ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 73.

A técnica da glosa é apurada para sacar a palavra e lhe emprestar sentido, maneando retoricamente e na medida certa, falsas noções claras: *eqüidade, natureza das coisas, justiça, etc.*, “*tantas denominações flácidas que são, na realidade, significantes rituais chamados como reforço quando falha o silogismo.*”¹¹²

Por certo ocorrerá uma ‘confusão de sentidos’, todavia, colmatados, ao depois, pelo método lógico dos ‘brocardos’ aplicados conforme o lugar, o tempo ou a pessoa, isto é, o sentido migra conforme o contexto. De lá para cá, é preciso reconhecer, pouca coisa mudou: a forma garante o mesmo conteúdo e a reificação da lei.

3 – Nesse imbricamento do sagrado com a lei profana, a interpretação iluminada, verdadeira, traduzida pela fala autorizada, de mãos dadas com o Direito Canônico, vem a constituir no Direito Moderno a maneira pela qual se procede à sua interpretação, sempre vinculada a uma essência primeva, a ser descoberta não por qualquer humano, mas somente aos legitimados para tanto, os reconhecidos como os mandatários capazes. Constitui-se, assim, um corpo especial portador da possibilidade de emitir os discursos válidos, em nome do Deus-Ciência¹¹³.

Os especialistas, os doutos, capacitados, em geral, após a diplomação universitária, formarão a casta dos ‘mestres’, designados pela Instituição para manter a submissão e o enigma da lei; e como os reconhecidos pretensamente têm as chaves, são venerados. Por isso **Warat** sustenta que “*o juridicismo nos faz viver sua visão de mundo (centrada na lei) como absoluta e nos mostra algo desse universo de verdades absolutas contidas na lei, ocultando o resto como condição inquebrantável do poder da glosa. Sem segredos, nenhum poder enigmático consegue afirmar sua magia.*”¹¹⁴ Aproxima-se do ‘discurso do mestre’ de **Lacan**¹¹⁵, uma vez que preso ao Significante-mestre, do sem-sentido, inexistindo razão para que ele congregue o poder, mas possui. O que importa, pois, é a manutenção e o aumento do poder e, para tanto, não se pode mostrar como clivado, sendo a verdade simulada, no que **Legendre** aponta:

A tarefa do doutor é esta: conduzir cada um a se conformar à verdade do

¹¹² LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 85.

¹¹³ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 118 “Daí, um novo nome da lei – forjado a partir do binômio razão/autoridade –, que passa a orientar a consolidação, muito embora sob outras roupagens simbólicas, dos sistemas jurídicos modernos, cuja compreensão pode ser buscada tanto na técnica escolástica quanto na filosofia de Santo Tomás de Aquino.”

¹¹⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 78

¹¹⁵ LACAN, Jacques. *O seminário: o avesso da psicanálise...*, p. 9-36.

semblante, classificar magistralmente o erro, e relançar a Lei em um universo luminoso. Só dessa maneira, a instituição, que não é uma coisa profana, será recebida no modo antigo do *mysterium tremendum*, no modo do grande segredo inacessível e que faz tremer; do mesmo modo a ciência que se relaciona a ela só pode ser abordada com as mais estritas precauções, pelo desvio de um trabalho autenticamente sacerdotal.¹¹⁶

§ 9º – ‘A lei é a Lei’ e ponto final: cuidado ao interpretar, pode ser pecado

“Quem lutou contra Hitler, lutou contra a ordem por ele estabelecida.” **Lédio Rosa de Andrade**

1 – Por não possuir a dimensão de sua situação no mundo, de onde está o seu desejo, o sujeito acede ao discurso que lhe promete o conforto, a tranquilidade de convivência, sem se dar conta de que esse discurso lhe transforma em simulacro, sem capacidade de discussão de seu destino, cujo papel de coadjuvante representado na cena da vida é estancado e balizado pelos interditos impostos pelos detentores do poder, tudo sem que se dê conta¹¹⁷, como bem aponta **Žižek** na seguinte *tautologia*: “a lei é a Lei”:

De maneira mais precisa, poderíamos dizer que a fantasia ideológica vem tapar o buraco aberto pelo abismo, pelo cunho infundado da lei social. Esse buraco é delimitado pela tautologia ‘a lei é a Lei’, fórmula que atesta o caráter ilegal e ilegítimo da instauração do reino da lei, de uma violência fora da lei, real, em que se sustenta o próprio reino da lei. (...) A violência ilegítima em que se sustenta a lei deve ser dissimulada a qualquer preço, porque essa dissimulação é a condição positiva do funcionamento da lei: ela funciona na medida em que seus subordinados são enganados, em que eles vivenciam sua autoridade como ‘autêntica, eterna’, e não sentem ‘a verdade da usurpação’.¹¹⁸

A Lei advinda não se sabe bem de onde ou de quem – Ausente –, traz consigo a legitimidade inscrita no *registro do Simbólico* como a absolutamente necessária para organização da existência, e sem a qual se estaria fadado ao desterro. Nesse movimento a lei humana surge como uma benesse do *Outro* (a

¹¹⁶ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 90.

¹¹⁷ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 19: “O equilíbrio precário estabelecido entre as forças equivalentes no registro do simbólico expõe as vicissitudes de um ser que, em virtude de sua própria constituição, está, por assim dizer, predisposto a cair nas armadilhas de um outro qualquer, capaz de lhe indicar as coordenadas de um bom caminho, quer dizer, aderir ao cruel discurso de um Outro da espécie mais absoluta, responsável pela estabilização de um certa concepção do mundo através da qual os seres e as coisas são cristalizados em imagens eternas, em simulacros.”

¹¹⁸ ŽIŽEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem: o sublime objeto da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992, p. 63-64.

concepção de direito subjetivo alemã vai por esse caminho) “*reinventado, ao longo da história, para manter os mitos primordiais que embalam os sonhos humanos mais arcaicos.*”¹¹⁹

2 – Daí se pode inferir a fé nos predicados acometidos ao ‘Legislador’, essa figura *mito-lógica*, capaz de congrega, na ilusão, as capacidades e poderes do *Outro*¹²⁰, as quais são articuladas pelo *senso comum teórico* para conferir a pretensão de ‘completude’, ‘unidade’ e ‘coerência’ ao ‘ordenamento jurídico’ (**Bobbio**¹²¹), com base nos seguintes pressupostos:

1) que existe um legislador racional produzindo um sistema jurídico coerente, econômico, preciso, etc.; 2) que o ordenamento jurídico não possui contradições e redundâncias, e, especificamente, o direito penal não exhibe lacunas; 3) que a ordem jurídica é finalista, justa, e protege, indistintamente, os interesses de todos os cidadãos; 4) que o julgar é, axiologicamente, neutro enquanto decide, portanto não há arbítrio na aplicação da Justiça; 5) que o julgador, no direito penal, busca a verdade real e não o preferível ponto de vista valorativo.¹²²

Os guardiões, os pastores, enfim, os ‘juristas de ofício’ logo irão cercar as possibilidades interpretativas, garantindo por suas autoridades o *verdadeiro sentido do texto*, porque deles se afastar, lembre-se, é pecado. As matrizes do ‘Direito Canônico’ ganharam nova embalagem, mantendo, contudo, em seu hermetismo e multiplicidade de métodos (ditos) científicos, a censura e o adestramento sobre o que pode e deve ser dito. De sorte que “*o jurista é exatamente isto: o especialista, no seu lugar e no que lhe compete, de uma manipulação universal para a ordem da*

¹¹⁹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 19.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 52: “Ainda se acredita na ficção da vontade do legislador, do espírito do legislador, da vontade da norma. Aliás, de que ‘legislador’ falam os comentadores? Santiago Nino, citado por Ferraz Jr., ironiza as ‘propriedades que caracterizam o legislador racional’, uma vez que ‘ele é uma figura singular, não obstante os colegiados, etc.; é permanente, pois não desaparece com a passagem do tempo; é único, como se todo o ordenamento obedecesse a uma única vontade; é consciente, porque conhece todas as normas que emana; é finalista, pois tem sempre uma intenção; é onisciente, pois nada lhe escapa, sejam eventos passados, futuros ou presentes; é onipotente, porque suas normas vigem até que ele mesmo as substitua; é justo, pois jamais comete uma injustiça; é coerente, ainda que se contradiga na prática; é onicompreensivo, pois o ordenamento tudo regula, explícita ou implicitamente; é econômico, ou seja, nunca é redundante; é operativo, pois todas as normas têm aplicabilidade, não havendo normas nem palavras inúteis; e, por último, o legislador é preciso, pois apesar de se valer de palavras da linguagem natural, vagas e ambíguas, sempre lhes conferem sentido rigorosamente técnico...É de se perguntar: pode alguém, ainda, acreditar em tais ‘propriedades’ ou ‘características’ do ‘legislador’?”

¹²¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999, p. 22.

¹²² CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 118.

*Lei. Ele próprio ignora isso, pois seu saber está aí para propagar a submissão, e nada mais.*¹²³

O Direito, por seus especialistas, pretende possuir as chaves do céu e da produção de subjetividade, os únicos aptos a revelar a palavra do *Outro*. **Legendre** demonstra que diante da construção da subjetividade pela *palavra revelada* da Igreja e suas Escolas, o exercício intelectual é indissociavelmente político – de pastoreiro – e, por sua vez, sacerdotal. O estratagema manejado para construção dessa *ilusão coletiva* – as verdades sociais – é marcado pelo poder. E a emissão deste discurso não pode ser efetuada por qualquer um; existem regras claras de assunção desse *locus*. **Warat** afirma que: “*Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é filho (reconhecido) de uma comunidade ‘científica’, de um monastério de sábios.*”¹²⁴

Resultado disso são os discursos jurídicos com pretensão de plenitude, que vendem a idéia de respostas corretas e seguras¹²⁵, prometendo a ilusão da segurança jurídica, “*afinal, busca-se a segurança no substituto do pai, no Juiz Infalível, o qual vai determinar, de modo seguro, o que é justo e o que é injusto.*”¹²⁶ Nesta ordem de idéias e seguindo o mandato originário, a imposição da lei humana teria a pretensão de privar, tal qual o Pai, a plena satisfação do ‘gozo’, mediante recursos retóricos jurídicos¹²⁷.

3 – Essa mediação teve o condão de demonstrar a ‘estrutura’ do ordenamento jurídico, deixando evidenciada sua função na manutenção do poder em nome do amor (**Legendre**), bem como apontar à ‘outra cena’, ou seja, o *inconsciente* que irrompe nos processos judiciais, principalmente no *ato* proferido

¹²³ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 44-45.

¹²⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 68.

¹²⁵ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 339-340: “O questionamento dos mitos racionalistas do estado de natureza, dos ditames de direito natural e do contrato social, no início do século XIX, acrescido pela convicção da supremacia da ordem estatal sob as demais formas de organização dos seres humanos e da infalibilidade do legislador racional, produz, na sua contraface, o esboço de um sistema jurídico auto-suficiente, capaz de oferecer soluções unívocas para todos e quaisquer casos que envolvam uma pretensão de direito. Inicia-se, assim, um processo de formalização do sistema jurídico como expressão de uma postura doutrinária – genericamente designada de positivismo jurídico – que procura enquadrar as discussões sobre o direito no âmbito das ciências experimentais, abordando-o, dessa forma, a partir de juízos de fato e não de valor”.

¹²⁶ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Campinas: Millennium, 2003, p. 18.

¹²⁷ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 79: “Desde Roma até os dias atuais podemos encontrar sempre a produção jurídica construindo-se em torno da paternidade. E as instituições também funcionam paternamente como produtoras da subjetividade. A paternidade opera, então, como um significante todo-poderoso, que permite evocar um relato legendário co-legitimador de

pelo *um-juiz*, em sua singularidade: a decisão judicial. Partindo desta pré-noção, pois, é que as possibilidades da ‘epistemologia’ da *Modernidade* e sua aplicação no Processo Penal brasileiro acontecem.

uma inquestionável sabedoria do comentário. Isto permite situar a lei como um lugar vazio, por onde circulam significações e alegorias, que fazem a lei falar.”

Capítulo 2º – Dussel, Modernidade e Epistemologia

“Barbárie é pensar que nada faço para que o outro morra, mas também nada faço para que ele viva.” Adorno

§ 1º – Modernidade para quem? O desvelar dos excluídos e a Transmodernidade de Dussel

“A estrada da subjetividade moderna não é abandonada. Nem poderia sê-lo. Os pensamentos moderno e contemporâneo situam-se no horizonte dessa subjetividade sistêmica, quase que inevitavelmente.” Celso Ludwig

1 – Não é possível iniciar-se um discurso crítico sobre a epistemologia do Processo Penal brasileiro sem resgatar algumas intervenções – não suficientes, mas necessárias –, do ‘pano de fundo’ em que se(r)ã(o) aplicadas as regras processuais, especificamente no que se refere à construção do *mito* da *Modernidade* e a epistemologia daí decorrente.

E esta partida pode se dar de um ponto de vista externo – literário –, diferente do costumeiramente imposto nas pesquisas (ditas) científicas, pelo menos para o *paradigma científico* (Kuhn¹²⁸) do Direito. A aproximação da discussão sobre a *verdade processual* se dá desde um critério *material* indicado por Dussel¹²⁹ e, em certa medida, por Bloch¹³⁰, iniciando-se, contudo, pela própria discussão da *Modernidade* e seus efeitos não só em relação aos beneficiados, mas também e principalmente no tocante às vítimas, os excluídos do sistema central.

2 – Neste olhar perdido no horizonte, no desejo de preencher o vazio, o escritor argentino Borges aponta a carta escrita por Otto Dietrich zur Linde

¹²⁸ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1982, p. 219-222, externa dois conceitos de paradigma: “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma. (...) Os paradigmas são algo compartilhado pelos membros de tais comunidades.” Os paradigmas são, assim, como a constelação dos compromissos de grupo.

¹²⁹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Epharaim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

¹³⁰ SERRA, Francisco. *Historia, política y derecho em Ernest Bloch*. Madrid: Trotta, 1998. O presente capítulo pretende aprofundar a contribuição de Ernest Bloch e seu Princípio da Esperança no contexto da proposta da Ética da Libertação de Enrique Dussel, guiado pela leitura efetuada por Francisco Serra.

(*Deutsches Réquiem*¹³¹), herdeiro de uma família de militares honrados que morreram, na sua maioria, em batalhas heróicas na defesa da pátria *alemã*. Ele, contudo, foi condenado a ser fuzilado como torturador e assassino. Na véspera de sua execução escreve uma carta. Não reclama do julgamento do Tribunal, o qual agiu de forma correta – como afirma –, até porque desde o início se declarou culpado. Não quer a absolvição ou clemência: quer ser compreendido; quer explicar sua motivação de agir, sem temor e/ou pretensão de ser perdoado, porque não há culpa nele. Nascido em 1908, narra seu crescimento na Alemanha, o contato com **Brahms** e **Schopenhauer**, a influência poética de **Shakespeare**; em 1927 toma contato com o pensamento de **Nietzsche** e **Spengler** e, então, em 1929 entra no Partido. Narra sua formação e a absoluta falta de vocação para a violência. Compreendeu, todavia, que estava a bordo de um novo tempo, comparável às épocas iniciais do Islã ou do Cristianismo e por isso exigia homens novos; *homens com a esperança de construir um mundo melhor*. Apesar da ausência de admiração pelos companheiros, já não eram mais indivíduos, mas homens a serviço de uma causa e a espera da guerra inexorável que provaria a fé. Bastava a certeza de que seria um soldado de suas batalhas. O azar ou o destino lhe tirou essa possibilidade ao receber um tiro que varou sua perna, a qual foi amputada. Enquanto a Alemanha entrava na guerra, estava no hospital lendo **Schopenhauer** e na borda da janela dormia o símbolo de seu vão destino: um gato enorme e fofo. Depois de muito meditar sobre a motivação da amputação, acreditou entender: morrer por uma religião é mais simples do que a viver na plenitude. Pouco tempo depois foi nomeado, em sete de fevereiro de 1941, subdiretor do campo de concentração de Tarnowitz, no qual o exercício do cargo não lhe foi muito grato, porém – disse –, nunca pecou pela negligência. O covarde se prova entre as espadas; o misericordioso, o piedoso, busca o exame dos cárceres e da dor alheia. O nazismo, intrinsecamente, é um fato moral, um se despojar do velho homem, que está viciado, para vestir o novo. E no campo de concentração a piedade surge; a piedade pelo homem superior é o último pecado de *Zaratrústa*. Confessa que quase o cometeu quando mandaram para seu campo de concentração o poeta *David Jerusalém*, homem de 50 anos, pobre de bens do mundo, perseguido, negado, mas que se alegrava com cada coisa da vida, com minucioso amor... homem de memoráveis

¹³¹ BORGES, Jorge Luis. *Narraciones*. Madrid: Cátedra, 2001, p. 161-168.

olhos, de pele citrina, de barba quase negra, protótipo de judeu *Sefardi*, se bem que pertencia aos depravados *Ashkenazim*. Afirmou com orgulho que foi severo com ele, sem que a compaixão ou a glória fossem motivos para abrandar a aflição imposta. No final de 1942 ele perdeu a razão e em março de 1943 logrou morrer. Ignorava se *Jerusalém* compreendeu que se o destruiu, foi para destruir sua própria piedade, porque ante aos seus olhos não era um homem, nem sequer um judeu, havia se transformado no símbolo de uma detestada zona de sua própria alma. Agonizou com ele, morreu com ele, de algum modo perdeu com ele... Por esse motivo foi implacável. Enquanto isso girava sobre sua atmosfera grandes noites de uma guerra feliz, um sentimento parecido com o de amor; de esperança em dias melhores; tudo era distinto, até o sabor dos sonhos... Com a derrocada do Terceiro Reich alguma coisa ocorreu que, enfim, acreditou entender. Pensou que a derrota lhe satisfazia porque o redimia do castigo. Contudo, esbarrou com o verdadeiro motivo: todos os homens nascem *aristotélicos* ou *platônicos* e, disso, ninguém escapa, nem ele. E, assim, deu-se conta de que *Hitler* acreditando estar lutando por um país, lutou por todos, ainda aqueles que agrediu e detestou: a luta contra o judaísmo que foi combatida com a fé na espada. Para um mundo melhor é preciso destruir muitas coisas, para somente então se edificar a nova ordem. E agora ele sabia que a Alemanha era uma dessas coisas. Tinham dado algo mais que nossa vida, tinham dado a sorte do querido país. Que uns maldigam e outros chorem, a ele regozijava que o dom alemão fosse perfeito. O mundo se encobria de uma época implacável e disse: nós a forjamos e somos agora suas vítimas; se a vitória, a injustiça e a felicidade não eram para a Alemanha, que sejam para outras nações; que o céu exista ainda que nosso lugar seja o inferno. Termina dizendo: *Olho minha cara no espelho para saber quem sou, para saber como me portarei dentro de umas horas, quando me enfrentar com o meu fim. Minha carne pode ter medo, eu não.*

Neste conto de **Borges** percebe-se que a *esperança* em um mundo melhor não realizado, mas possível, permeia tanto a ação do opressor como do oprimido que acabam, mudando-se alguns nomes próprios e datas, por inverter seus papéis.

3 – Assim é que se pode, então, adentrar na proposta de **Bloch** e seu fascínio pelo futuro que, diante da proposta de **Dussel**, mostra-se acalentadora de dias melhores; dias de realização da proposta utópica de uma ética talhada e fundamentada pela vida, lançando sempre o olhar mais adiante...

Antes de continuar com a *Ética da Libertação*, cumpre, porém, elaborar uma crítica consistente e necessária da própria *Modernidade* e seus discursos em dois momentos, os quais terão efeito na base epistemológica da construção da verdade processual. No primeiro momento, a *Modernidade* será revisitada seguindo-se a proposta de **Dussel** do ‘*mito da Modernidade*’ e da *Ética da Libertação* sem que, todavia, faça-se um aprofundamento distanciado das pretensões deste escrito¹³². Com o segundo momento, no qual se aprofundará o *discurso epistemológico da Modernidade*, o método científico será tocado, já que – adverte **Marques Neto** – “A noção de sujeito enquanto sujeito cognoscente, agente do processo do conhecimento e como tal referido a um objeto suposto cognoscível, ou seja, apreensível pelo conhecimento racional e pela atividade de investigação científica, é um produto da Modernidade.”¹³³

§ 2º – O Mito da *Modernidade*, os oprimidos e a *Transmodernidade* – **Dussel**

“Solo gracias a aquéllos sin esperanza nos es dada la esperanza” **Benjamin**

1 – **Dussel**¹³⁴ busca discutir o próprio estabelecimento da *Modernidade*, desvelando a existência das *vítimas* dessa auto-denominação europeia opressora em face de uma periferia vítima; vítima dos efeitos – dolosos e culposos – da *Modernidade* universalista, estabelecida a partir da lógica da exploração e do ‘Mercado’, mormente após a derrocada dos socialismos reais, em maior grau depois de 1989, data da queda do muro de Berlim. Para tanto, aponta o ano de 1492¹³⁵ como o nascimento/criação da *Modernidade*, data esta em que a Europa, até então a periferia do mundo, assenhora-se do centro. A Europa, por si própria, num movimento *narcisístico*, disse: *Eu sou o centro do mundo!* E encontrou eco nessa

¹³² A pretensão desta mediação é constituir um critério material para leitura processual que se fará posteriormente (Cap. 8º), tendo-se ciência de que o projeto de Dussel não pode ser aprofundado em demasia – apesar de ser a idéia sedutora – sob pena de se perder os fins deste trabalho. Assim é que serão suscitadas as questões mais relevantes, devendo, de qualquer forma, ser complementada pela leitura da obra do autor.

¹³³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Sujeitos Coletivos de Direito...*, p. 80.

¹³⁴ DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Trad. Jaime A Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

¹³⁵ DUSSEL, Enrique. *1492...*, p. 8: “De maneira que 1492 será o momento do ‘nascimento’ da Modernidade como conceito, o momento concreto da ‘origem’ de um ‘mito’ de violência sacrificial muito particular, e, ao mesmo tempo, um processo de ‘en-cobrimento’ do não-europeu.”

pretensão universal, muito em face do descobrimento da *Ameríndia*¹³⁶ e da imposição de sua cultura, demarcando a agora batizada periferia, colonizada e integrada ao sistema, não por sua superioridade – como queriam **Weber** e **Hegel**, e a pretensão de impor a germânica ‘verdade absoluta’ –, mas por ato de força. Por isto **Dussel** afirma que “a modernidade é fruto deste acontecimento e não sua causa.”¹³⁷ Esta mudança de perspectiva, de periferia do mundo muçulmano, para o centro do mundo ocidental, gera o “*en-cobrimento (oposto a descobrimento) do outro, do índio, oriental ou ocidental.*”¹³⁸

Compreender este mecanismo de auto-legitimação Européia¹³⁹ modifica significativamente a maneira pela qual a periferia se reconhece, não mais como participantes ativos da *Modernidade*, mas o seu reverso, como objeto, dado que esta é uma realidade Européia e só dela, não da periferia. Isto faz ir à origem histórica do *Mito da Modernidade*, a qual deixa de ser algo dado, para desnudar sua construção. De um lado a *Modernidade* apresenta um *conceito emancipador racional* e, de outro, o *mito irracional* da justificação da violência, que se deve negar e superar democraticamente. E para reconstruir o *Mito da Modernidade* é fundamental deslocar o foco da abordagem. A Europa eclodiu, reconheceu-se como centro do sistema, quando pôde se confrontar com o seu *outro* e conseguiu, pela força, subjulgá-lo, controlá-lo. A partir de então se definiu “*como um ‘ego’ descobridor, conquistador, colonizador da Alteridade constitutiva da própria Modernidade.*”¹⁴⁰

Desvelando este *surgimento narcisístico*, desponta a tarefa de construir uma ‘teoria’ ou ‘filosofia do diálogo’ que dê conta de romper com essa exclusão, tendo em vista a participação necessária das vítimas do sistema central, eis que é a corporalidade delas que vai sofrer a negatificação; enfim, do *outro* objetificado e referencial possibilitador da existência do opressor, ciente da necessidade de *factibilidade* da proposta, materializados na *Ética da Libertação* e seus três momentos.

Esta *Modernidade* colonizadora, imperativa, justifica, assim, diante de sua auto-concedida superioridade cultural, a prática de opressão no mundo da vida dos

¹³⁶ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*..., p. 51-88.

¹³⁷ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*..., p. 52.

¹³⁸ DUSSEL, Enrique. *1492*..., p. 1.

¹³⁹ DUSSEL, Enrique. *1492*..., p. 7.

¹⁴⁰ DUSSEL, Enrique. *1492*..., p. 8.

colonizados, os quais receberão dos superiores o caminho a ser seguido, com franca desconsideração destes como sujeitos. Esta postura irá justificar, no decorrer da história, todo o processo de violência civilizatória impositiva tendente a fixar o cristianismo, a democracia, a ciência (epistemologia), o livre mercado e a globalização¹⁴¹ contemporânea, com reflexos no Direito Penal e, por via de consequência, no Processo Penal (Cap. 6º).

2 – Nesse movimento **Dussel** resgata o pensamento de **Bartolomeu de Las Casas**¹⁴², o qual deixa evidenciado que o *Mito da Modernidade* e suas consequências nos dominados sempre se fez em nome dos cânones eurocentristas, justificando a dominação, a morte, o escárnio, a obliteração de culturas, a dizimação de povos e culturas, a rapinagem, tudo sempre em nome de um ideal, de um '*mito bom*', desconsiderando-se o colonizado, o *outro* como sujeito. Considerava-o sim como objeto da tomada, da realização, da constituição da personalidade eurocentrista. E o mérito de **Bartolomeu de Las Casas** é destruir o *Mito da Modernidade* pela base, demonstrando que a violência infligida não se justificava por nenhuma *culpa* – ou *imaturidade culpável* de **Kant** – do indígena, do colonizado. Não há, em sua visão, qualquer justificativa para a fúria desregrada do colonizador, nenhuma injúria havia, mas sim a ânsia de se colocar no centro, de oprimir, de assumir o papel de opressor. Em assim sendo, com **Bartolomeu de Las Casas**, na pena de **Dussel**, "*se destrói o 'núcleo' do mito da Modernidade. Mais ainda, não só não são culpados os 'imaturos', mas os únicos culpáveis são os pretensamente inocentes, os heróis civilizadores, os europeus; especialmente seus líderes.*"¹⁴³

Nesta quadra, busca-se uma outra forma de perceber a *Modernidade*, não mais a partir do colonizador/opressor, mas do *outro* aniquilado em suas origens desde então. A invenção da *Modernidade*, a partir de 1492, é que propiciará a análise de toda a construção posterior, a qual se protraí até os dias atuais. Em suma, a periferia exige sua voz no processo civilizatório, intersubjetivo. É que a invasão e colonização foram deixando *a latere* os excluídos, as vítimas do *Mito* da

¹⁴¹ Conferir: VIEIRA, Lizt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito e Século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna*. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 26; BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 1999; COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do Futuro*. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2001, p. 17-32.

¹⁴² LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O paraíso destruído: brevíssima relação da destruição das Índias*. Trad. Heroldo Barbuy. Porto Alegre: L&PM, 1996.

¹⁴³ DUSSEL, Enrique. 1492..., p. 84-85.

Modernidade, os quais nunca fizeram parte efetiva da *comunidade da comunicação* capaz de indicar os rumos de si próprios, suplantados por lógicas e pela racionalidade importadas, inclusive no âmbito processual penal (Cap. 6º). Mas estão aí; são partes, a outra face, os oprimidos das nações periféricas¹⁴⁴.

Dentre os diversos rostos (**Levinas**¹⁴⁵) cumpre indicar o que **Dussel** aponta como o *sétimo rosto da outra face da Modernidade*: os *marginais*. O capital periférico sempre foi construído a partir da transferência sistemática de valor, com a exploração do trabalho e um superpovoamento, um crescimento do *exército operário de reserva* que precisa sobre-viver, e que, todavia, não encontra condições para tanto. A exploração de ouro, prata, a venda de escravos¹⁴⁶, geraram conseqüências enriquecedoras para a Europa e espoliação dos violentados, cujos descendentes ainda hoje carregam em si as repercussões desse movimento¹⁴⁷. E, assim, a “*Modernidade percorria seu caminho civilizador, modernizador, humanizador, cristianizador!*”¹⁴⁸ Isso repercute na dita *marginalidade urbana*, eis que a abundância de mão-de-obra, agregada à tecnologia importada do centro, faz surgir um trabalho sub-humano, sem condições de sobrevivência diante da baixa remuneração, gerador, no dito ‘Mercado livre’, do aviltamento da condição humana, da vida, na linha *neoliberal* (Cap. 6º), devendo-se, diz **Rachid Coutinho** “*de uma vez por todas, dar uma resposta a Debreu que, em Paris no ano de 1988, presente em um Congresso dos Prêmios Nobéis, anunciou em entrevista que ‘O dever de um economista é informar que o direito à vida nem sempre pode ser garantido devido*

¹⁴⁴ DUSSEL, Enrique. 1492..., p. 159.

¹⁴⁵ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Trad. José P. Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000; DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 370: “O outro, carnalidade sensível (como o eu psíquico), aparece ao contato não só como rosto, mas como vítima.” Nesse movimento, resgata-se para o discurso o excluído do racionalismo discursivo utilitarista neoliberal, cujos atores são homens satisfeitos. Somente no rosto do outro é que se dimensiona a própria natureza do eu, na evidência do contraste.

¹⁴⁶ DUSSEL, Enrique. 1492..., p. 163: “Em Cartagena de Índias, o mesmo podia acontecer numa colônia inglesa, portuguesa ou francesa, tirava-se a roupa dos africanos, homens e mulheres, e eram colocados em lugares visíveis, no mercado. Os compradores apalpavam seus corpos para constatar sua constituição, apalpavam seus órgãos sexuais para observar o estado de saúde de mulheres e homens; observavam seus dentes para ver se estavam em boas condições, e, segundo seu tamanho, idade e força, pagavam em moedas de ouro o valor de suas pessoas, de suas vidas. Depois eram marcados com ferro em brasa. Nunca na história humana, em tal número e de tal maneira coisificados como mercadorias, foram tratados membros de nenhuma raça. Outra glória da Modernidade!”

¹⁴⁷ Importante a discussão atual sobre as cotas de admissão de negros nas Universidades Públicas Brasileiras tendo por fundamento a construção histórica, na qual o negro foi tido como objeto. Consultar: *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*: o Direito como instrumento de transformação social – a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 468-473.

¹⁴⁸ DUSSEL, Enrique. 1492..., p. 163.

*aos custos'. O dever de um jurista é garantir a vida, pelo direito, custe o que custar.*¹⁴⁹

3 – Assim é que, mesmo decorridos mais de 500 anos, o *outro*, objetificado no momento do estabelecimento do mito, possui uma condição de vida, guardadas as devidas proporções, pior do que a dos primeiros habitantes colonizados. A crítica de **Dussel**, contudo, não pretende o retorno ao medievo, mas sim a discussão sobre os conseqüências dessa *Modernidade* na periferia, destacando a existência real do *outro*, o qual exige seu reconhecimento como tal; como resultado de seu en-cobrimento¹⁵⁰. Essa *Modernidade* tardia, anunciada como possível, entretanto, não se pode realizar, nem nunca pode. Seu projeto sempre foi o de acumulação de riquezas nos países centrais, colonizadores. O movimento das vítimas do sistema, agora, é pelo reconhecimento de sua condição, não pela superação da *Modernidade*, como querem os *pós-modernos*¹⁵¹, mas de negação do *mito* num projeto de libertação, talhado na *Transmodernidade*¹⁵².

Não se busca cair na armadilha de oprimir o opressor de hoje, invertendo-se os papéis, como se viu no conto de **Borges**. A pretensão é a de constituir uma racionalidade ampliada, exigindo um reconhecimento, como igual-singular, na *comunidade de comunicação* – **Habermas** – estabelecadora da validade intersubjetiva¹⁵³ (Cap. 7º), limitada pelo núcleo material: *vida!* Nesse caminhar para o estabelecimento do diálogo¹⁵⁴, todavia, não se pode cair no universalismo racional

¹⁴⁹ RACHID COUTINHO, Aldacy. 15 anos de Constituição de direitos dos trabalhadores. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos de Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 384.

¹⁵⁰ DUSSEL, Enrique. 1492..., p. 171-172: “A vida da marginalidade é muito menos desenvolvida (do ponto de vista alimentar, roupa, moradia, cultura média, dignidade da pessoa e muitos outros indicadores da qualidade de vida) que a encontrada por Cortês na festiva e numerosa cidade de Zempoala em 1519. Passaram-se quinhentos anos e muitos milhões de marginalizados da cidade de México gostariam de ter o alimento, roupa e dignidade de vida dos habitantes de México-Tenochtitlan. Não queremos com isto retornar ao passado nem propor um projeto folclórico ou pré-industrial ao modo de Gandhi; simplesmente desejamos mostrar a “outra face”, o produto estrutural do ‘mito da Modernidade’ – como mito sacrificial, violento e irracional.”

¹⁵¹ LYOTARD, Jean François. *A Condição Pós-Moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

¹⁵² A grande diferença, desde já indicada, é a de que os *pós-modernos* criticam a razão moderna por ser imbricada ao terror, enquanto a *Transmodernidade* (como projeto futuro) de Dussel pretende desvelar o *Mito Irracional* (encoberto) da base da *Modernidade*.

¹⁵³ DUSSEL, Enrique. 1492..., p. 173: “Um projeto de racionalidade ampliada, onde a razão do outro tem lugar numa ‘comunidade de comunicação’ na qual todos os humanos (como propunha Bartolomeu de las Casas no debate de Valladolid em 1550) possam participar como iguais, mas ao mesmo tempo no respeito a sua Alteridade, ao seu ser-outro, ‘outredade’ que sabe que está garantida até no plano da ‘situação ideal de fala’ (para falar como Habermas) ou na ‘comunidade de comunicação ideal’ ou ‘transcendental’ (de Apel).”

¹⁵⁴ DUSSEL, Enrique. 1492..., p. 173-174: “A Filosofia da Libertação afirma a razão como faculdade capaz de estabelecer um diálogo, um discurso intersubjetivo com a razão do Outro, como razão alternativa. Em nosso

abstrato, nem na irracionalidade e incomunicabilidade dos *pós-modernos*, estando-se inserido na linguagem, a *única morada do ser* (Heidegger – Cap. 5º).

4 – Assim é que a palavra *Modernidade* possui, semanticamente e de forma ambígua, dois conteúdos: um *primário* e outro *secundário*. O *primário* é positivo, *conceitual*, entende a *Modernidade* como um movimento de emancipação racional, como processo crítico, capaz de indicar a saída da humanidade de sua eventual *imaturidade*. De outro lado, o conteúdo *secundário* é negativo, *mítico*, faz com que as práticas irracionais de violência estejam justificadas a partir dela própria. Os passos deste raciocínio tirano são os seguintes: a) Eu sou superior e mais desenvolvido; b) Em sendo superior, cumpre-me, moralmente, desenvolver os mais rudes e primitivos, independentemente de suas vontades; c) O modelo que devo aplicar é o meu (falácia desenvolvimentista¹⁵⁵); d) Se o bárbaro se opuser ao processo civilizador, estou legitimado a utilizar a violência para retirar os obstáculos à modernização, tornando, assim, a guerra justa; e) As eventuais vítimas são necessárias para salvação dos demais, no sentido de quase um ritual de sacrifício; f) E o bárbaro tem culpa ao resistir à dominação, sendo *eu* o grande inocente capaz, ainda, de emancipá-lo desta culpa; g) Por fim, nesse processo de difusão da civilização, seus custos – sofrimentos e sacrifícios – são inevitáveis e até mesmo necessários à modernização dos povos atrasados¹⁵⁶.

De sorte que a negação do *Mito da Modernidade* somente é possível com o seu desvelamento, no processo de se dar conta efetuado pelo excluído, no sentido de descobrir seu papel de vítima, e inocente, da imposição da colonização violenta. Ao romper com o *mito desenvolvimentista* europeu, as vítimas se permitem reconhecer como o *outro*, a outra face existente e que agora exige seu lugar, sua *alteridade*. A razão emancipadora e imposta deixa de ter o mesmo gosto, dado que os até então *excluídos* exigem a participação nos destinos, dentro de sua *singularidade*.

tempo, como razão que nega o momento irracional do ‘Mito sacrificial da Modernidade’, para afirmar (subsumido num projeto libertador) o momento emancipador racional da Ilustração e da modernidade como Transmodernidade.”

¹⁵⁵ A falácia desenvolvimentista estendeu seus efeitos no Direito Penal, guardadas as devidas proporções, a partir da imposição de valores, pelos detentores do poder, no que se refere aos bens juridicamente tutelados, mantendo-se, assim, a lógica da exclusão (Cap. 6º).

¹⁵⁶ DUSSEL, Enrique. 1492..., p.185-187.

5 – Com a superação da *razão ilustrada* pode-se, em reconhecendo o *outro*, a alteridade, buscar construir uma “*mútua fecundidade criadora. O projeto transmoderno é uma co-realização do impossível para a única Modernidade; isto é, é co-realização de solidariedade, que chamamos analética.*”¹⁵⁷ Este projeto de *Transmodernidade*¹⁵⁸ está calcado em um *critério material*, que é a *vida, sua reprodução e desenvolvimento*. Constitui-se como um *contra-discurso das filosofias européias e norte-americanas* que se não dão conta de sua função de filosofia do centro, procurando legitimar um discurso desde a periferia, consciente desta realidade e, com pretensão, todavia, de mundialidade. Isso porque, em sua proposta, inclui-se os diferentes, há *alteridade*¹⁵⁹.

§ 3º – Conversa entre **Bloch** e **Dussel** ou: a esperança no devir factível

“Quem teve a idéia de cortar o tempo em fatias a que deu o nome de ano foi um indivíduo genial; industrializou a esperança, fazendo-a funcionar no limite da exaustão. Porque doze meses (sub-invenção do inconsciente) dão para qualquer ser humano cansar e entregar os pontos. Aí entra o milagre da renovação e tudo começa outra vez, com outro ano e com outra vontade de acreditar que dali em diante vai ser diferente. Vai? Acredito piamente que sim. Não fosse eu... freguês da esperança.” **Carlos Drummond de Andrade**

1 – Cumpre recordar, para os fins deste escrito e pela importância no projeto de **Dussel**, a contribuição de **Bloch**. Filósofo alemão que vivenciou desde jovem as modificações decorrentes da virada do século passado (XX) e o surgimento paulatino dos socialismos reais, **Bloch** filiou-se ao pacifismo militante no sentido de evitar a guerra. Somente escreveu o *Princípio da Esperança*, que na sua versão original se chamava: *Dreams of a better life*, quando já exilado nos Estados Unidos. Sua produção, então, esteve sempre vinculada à atmosfera belicosa que agitava o mundo na primeira metade do Século XX. Manteve, contudo, sempre os olhos

¹⁵⁷ DUSSEL, Enrique. *1492...*, p. 187.

¹⁵⁸ DUSSEL, Enrique. *1492...*, p. 188: “Propomos então dois paradigmas contraditórios: o da mera ‘Modernidade’ eurocêntrica, e o da Modernidade subsumida a partir de um horizonte mundial, onde o primeiro desempenhou uma função ambígua (por um lado como emancipador, e, por outro, como cultura mítica da violência). A realização do segundo paradigma é um processo de ‘Transmodernidade’. Só o segundo paradigma inclui a ‘Modernidade/Alteridade’ mundial.”

¹⁵⁹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 73.

adiante; pretendia ver a *Pátria do Futuro*, na qual se encontra algo ainda não alcançado e que se busca construir.

A crítica, pois, desenvolveu-se num contexto de extremo ataque ao modelo capitalista, na linha do que vinha sendo realizada por **Weber**¹⁶⁰, dentre outros. Essa consciência trágica da sociedade nas mãos do capitalismo egoísta/individualista apelava para uma *democracia ética* em que os seres humanos pudessem realizar sua existência. Aqui a primeira aproximação da proposta de **Dussel**, para o qual a *vida – produção, reprodução e desenvolvimento da vida em cada sujeito humano em comunidade* – é o critério material. Com este critério, aponta-se o princípio unificador sustentador do sistema¹⁶¹.

2 – De sorte que o mundo capitalista indica, por suas próprias asserções/princípios, a incapacidade de obter o difundido sucesso, demonstrou **Maris**¹⁶². A '*paz perpétua*' na forma prometida é mero *simulacro*. Não se pretende uma paz de cemitério ou mesmo de leitos hospitalares, mas sim uma paz (possível) pulsante, viva. Todavia, com a realidade belicosa que se apresenta, especialmente numa realidade de Terceiro Mundo, à margem da estrutura capitalista hegemônica, inexistem condições palpáveis de uma paz, senão de guerra. Guerra capaz, diante do poderio militar existente, de exterminar os habitantes da terra e aí sim impor uma paz perpétua sobre o grande cemitério da espécie humana. Cria-se bombas atômicas em nome da paz; invade-se países em nome da paz; condena-se pessoas – muitas vezes sem provas –, em nome da paz; executa-se sentenças em condições sub-humanas, tudo, claro, em nome da paz¹⁶³. A lógica paradoxal da guerra, do discurso único¹⁶⁴ (Cap. 6º), está a serviço dos interesses do capital, tendo como

¹⁶⁰ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Trad. Regis Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. 2.

¹⁶¹ A concepção de sistema em Bloch apresenta-se como uma constante em seu pensamento. Esse sistema, como demonstra em seus escritos, parte de um princípio. Nesse sentido, a esperança desfila com vigor para ocupar esse lugar primevo de onde decorre todos os demais enunciados. O conceito de sistema, apesar de variar entre os autores, mostra-se como relevante para a estruturação de um pensamento lógico. Até porque somente a partir de um critério é possível a fixação de um princípio e, por via de consequência, de um sistema. Um princípio a deslizar na cadeia de significantes. (Cap. 4º).

¹⁶² MARIS, Bernard. *Carta aberta aos gurus da economia que nos julgam imbecis*. Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

¹⁶³ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹⁶⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal...*, p. 56-57: "Sem limites, a *globalização da economia de mercado* é o resultado sintomático do pensamento *neoliberal*, mas só é possível – é bom que se registre – porque a *racionalidade* sempre foi *totalitária*, ainda que tivesse sido denunciada, sem o necessário eco, desde a periferia espoliada. Assim, ainda que no próprio pensamento do primeiro mundo já houvesse preocupação no sentido de se alertar para os problemas já vislumbráveis de

consequência o aprofundamento da *miséria* (Cap. 6º). Se retomado o pensamento de **Freud** (Cap. 1º), a *Civilização* se erigiu em face do assassinato do Pai Primevo, e a ‘segurança’, a paz última, é impossível, nem nunca existiu. Nas palavras de **Bloch**: *“Paz capitalista es una paradoja, que extiende el miedo hoy más que nunca y que impone a los pueblos la tarea de defender la paz hasta el último extremo, hasta el último esfuerzo.”*¹⁶⁵ Mas o significante ‘paz’ embala o discurso do *poder capitalista*, argumenta **Freire**: *“Queremos estar tranquilos. Se os gritos do vizinho incomodam, tapamos os ouvidos; se a miséria da esquina fere a vista, tampamos os olhos. Em suma, podemos fazer da pequenez, grandeza e encontrar brio na impotência, até porque, em tais condições, jogar pedras nos outros é sempre um grande remédio contra a feia cara do conformismo.”*¹⁶⁶

Em sendo impossível a manutenção do momento vigente, cujo colapso é absolutamente previsível, surgem opções. Um dos caminhos possíveis é o retorno ao passado: ao romantismo marxista, dissociado, contudo, das práticas ditas socialistas (socialismos reais)¹⁶⁷. Apesar dessa condição – marxista romântico – **Bloch** acreditava que o passado não estava isolado e que o caminhar rumo ao futuro demanda a compreensão deste. Esse futuro, esse ‘a realizar’ será a pedra de toque de sua proposta. De outra parte, a origem da atitude de rejeição do capitalismo se encontra na visão trágica do mundo em face dos pressupostos de implementação, fortemente influenciados pela leitura e crítica marxistas, consistente na *coisificação* das pessoas, dos seres humanos. A atitude teórica de **Bloch** se move dentro do pensamento crítico do marxismo, sem rejeitar o livre exercício do pensamento, bem como a crítica ao próprio socialismo real.

Atualmente, é a partir dessa realidade de ausência de opções (capitalismo hegemônico)¹⁶⁸ que é necessário buscar alternativas viáveis e principalmente factíveis; possíveis no mundo da vida. Sem essa pretensão, o imobilismo se instala de modo definitivo. E esse caminho precisa ser democrático, fundando no ser

antemão, era difícil imaginar uma renúncia a um bem-estar *cada vez maior* em favor de uma *solidariedade* sempre mais necessária.”

¹⁶⁵ SERRA, Francisco. *Historia, política y derecho em Ernest Bloch...*, p. 99.

¹⁶⁶ FREIRE, Jurandir Costa. *Razões públicas, emoções privadas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1999, p. 97l.

¹⁶⁷ SERRA, Francisco. *Historia, política y derecho em Ernest Bloch...*, p. 36-44.

¹⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país Neocolonial...*, p. 19-31: “Verificada a queda do Muro de Berlim e a dissolução da União Soviética, instalou-se a crise do socialismo e uma suposta neutralidade do campo ideológico, a qual vem sendo exibida, com ares triunfais, pelo capitalismo e sua recente ideologia ‘sem ideologia’, cifrada no neoliberalismo da globalização.” (Cap. 6º).

humano, na vida. Daí a importância de **Bloch** na *Ética da Libertação*. É sabido, de outro lado, que o caminho é árduo e sujeito a intempéries, mormente pela maneira pela qual as vítimas do sistema hegemônico se encontram alienadas. Há necessidade de que as vítimas se reconheçam enquanto tais, como que num espelho; vítimas em relação ao sistema opressor. Somente assim pode-se indicar a efetiva participação democrática das vítimas na *comunidade da comunicação*.

Imperioso fixar, também, mesmo que brevemente e sem a pretensão de esgotar o tema, até porque não se teria espaço – quiçá fôlego! – neste escrito, a estrutura do pensamento de **Dussel** em sua *Ética da Libertação*, a qual será, contudo, resgatada no decorrer do trabalho. A proposta está dividida em três linhas: a) verdade; b) validade; e c) eficácia.

3 – **Dussel** reconstrói um sistema pelo seu fundamento: *a vida humana*¹⁶⁹. Esse resgate primevo da condição de estar no mundo, todavia, não se faz com base no materialismo físico simplista; preocupa-se com o seu *conteúdo universal* (princípio material ético), indicando como *Enunciado do Principio Material Universal*¹⁷⁰:

Aquele que atua eticamente deve (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito humano, numa comunidade de vida, a partir de uma ‘vida boa’ cultural e histórica (seu modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e a uma maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também com pretensão de retidão) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com pretensão de verdade prática e, em além disso, com pretensão de universalidade.¹⁷¹

4 – Paralelamente ao momento material, consubstancia-se o formal: de validade intersubjetiva, vista a partir de **Habermas** e sua *razão comunicativa* (Cap. 7º). Isso se mostra necessário para que o egoísmo possível de ocorrer no momento *material* não se transforme em autoritarismo, exigindo, para o seu respectivo equilíbrio, a indicação de uma norma moral formal, conferindo *validade universal*. A

¹⁶⁹ Vida do ser vivo que possui limites físicos, necessidades inafastáveis, sob pena de fenecer: comida, moradia, liberdade, etc. A vida do homem é o modo de realidade do sujeito ético, funcionando como critério do enunciado (de obrigação) ético.

¹⁷⁰ Este princípio ético-material, no contexto brasileiro pode ser deduzido normativamente do contido nos arts. 1º, 3º e 170 da Constituição da República de 1988.

¹⁷¹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*..., p. 143.

verdade material dando o conteúdo mínimo à validade, balanceia, por assim dizer, a ‘razão comunicativa’ meramente formal. Seu enunciado é:

Quem argumenta com pretensão de validade prática, a partir do re-conhecimento recíproco como iguais de todos os participantes que por isso mantêm simetria na comunidade de comunicação, aceitas as exigências morais procedimentais pelas quais todos os afetados (afetados em suas necessidades, em suas conseqüências ou pelas questões eticamente relevantes que se abordam) devem participar facticamente na discussão argumentativa, dispostos a chegar a acordos sem outra coação a não ser a do argumento melhor, enquadrando esse procedimento e as decisões dentro do horizonte das orientações que emanam do princípio ético-material já definido.¹⁷²

5 – Assim é que a ‘*verdade material*’ (primeiro momento), com o devido *link* para com a teoria da *validade formal*, de caráter intersubjetivo (segundo momento), possibilita a construção firme e segura de uma atuação factível na realidade (terceiro momento). Especificamente quanto à *verdade*, esta não possui mais o caráter fundante, próprio da *Filosofia da Consciência*. Destacável neste momento e antecipando os vindouros, que há um rompimento com o *essencialismo*, trazendo-se a linguagem para o centro da compreensão. Ganha importância, neste contexto, a *viragem linguística*, segundo a qual a linguagem deixa de ser vista como mero instrumento de transmissão da realidade, para ser seu co-constituente; nela se está. Falar do mundo é falar de linguagem que nasce indissociável do indivíduo interpretante. A relação não é mais *sujeito-objeto*, mas *sujeito-sujeito* (Cap. 5º e 7º).

O discurso ético, portanto, constitui-se em linguagem. E esse conhecimento só se realiza nessa seara, uma vez que a ética como objeto construído é forjada em face de significantes lingüísticos. A pretensão de verdade material (vida) cotejada com a validade intersubjetiva (consenso), desde dentro da linguagem, é um caminho possível para indicar, democraticamente, as linhas de atuação prática numa sociedade complexa, plural e imperfeita, diante da impossibilidade empírica de se erigir um sistema perfeito¹⁷³.

Entretanto, ainda há de existir operabilidade – razão instrumental entre meios e fins – capaz de possibilitar a aplicação no mundo da vida. É que o ato ético apresenta conseqüências e condicionantes (tecnológicas e econômicas) que deverão ser indagadas no momento de sua aplicação de fato, apurando-se, assim,

¹⁷² DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 216.

¹⁷³ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 373.

sua factibilidade. Fixa-se, nesta ordem de idéias, o *critério da factibilidade*, consistente na apuração objetiva das possibilidades efetivas, materiais, formais, políticas, dentre outras¹⁷⁴, chave da implementação da proposta, tendo como enunciado:

Aquele que opera ou decide eticamente uma norma, ação, instituição ou eticidade sistêmica deve cumprir: (a) com as condições de factibilidade lógica e empírica (técnica, econômica, política, cultural, etc.), isto é, que seja realmente possível em todos esses níveis, a partir do marco (b) das exigências: (b.1) ético-materiais da verdade prática e (b.2) morais-formais discursivas da validade, dentro de uma escala que vai desde (b.i) as ações permitidas eticamente (que são as meramente ‘possíveis’, que não contradizem os princípios ético ou moral) até (b.ii) as ações devidas (que são as eticamente ‘necessárias’ ao cumprimento das exigências humanas básicas: materiais - de reprodução e desenvolvimento da vida do sujeito humano - ou formais - desde o respeito da dignidade de todo sujeito ético até a participação efetiva e simétrica dos afetados nas decisões).¹⁷⁵

Nesse contexto, dançando entre as obras, as condições de possibilidade para a realização do projeto da *Ética da Libertação*, tanto no momento material como formal, mostram-se como fundamentais. Sem esse passo atrás, o adiante, rumo ao futuro, fica prejudicado. Resgata-se, por assim dizer, a operacionalidade da razão instrumental dentro do horizonte do que é permitido fazer e o que se deve fazer necessariamente.

6 – Em seguida, contudo, **Dussel** realiza o momento ético-crítico, na perspectiva da vítima – inevitável –, entendida como condição de possibilidade crítico-positiva mediante o reconhecimento do outro – vítima – como sujeito autônomo, livre e distinto. Esse reconhecimento é condição de possibilidade no processo de dar-se-conta do *outro* e também do estabelecimento de uma comunidade de comunicação das vítimas, enfim, da descoberta da negatividade da vítima como vítima. Seu enunciado é:

Os que agem ético-criticamente re-conheceram a vítima como ser humano autônomo, como o Outro como outro que a norma, ato, instituição, sistema de eticidade, etc., ao qual se negou a possibilidade de viver (em sua totalidade ou em

¹⁷⁴ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 268: Diversos níveis de impossibilidade, possibilidade e factibilidade: a) Impossibilidade lógica. b) Possibilidade lógica: impossibilidade empírica. c) Possibilidade empírica: impossibilidade técnica (não-factibilidade). d) Factibilidade técnica: impossibilidade econômica, etc. e) Possibilidade econômica, etc.: impossibilidade ética. f) Possibilidade ética: princípio de operabilidade. g) Processo efetivo de realização. h) Consequência a curto e longo prazo (institucionalidade). i) Processo de legitimação e coerção legal.

¹⁷⁵ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 272.

algum de seus momentos); de cujo re-conhecimento simultaneamente se descobre uma co-responsabilidade pelo outro como vítima, que obriga a tomá-la a cargo diante do sistema, e, em primeiro lugar, criticar o sistema (ou aspecto do sistema) que causa esta vitimação. O sujeito último de um tal princípio é, por sua vez, a própria comunidade das vítimas.¹⁷⁶

Com efeito, a crítica vindica a discussão sobre a exclusão das vítimas do processo de estabelecimento de pretensões de validade. As conseqüências das decisões tomadas acabam repercutindo nas vítimas, mesmo não tendo possibilidade de participação efetiva no processo decisório. Essa constatação retira a pretensa legitimidade das decisões tomadas pelos dominantes em face dos dominados (vítimas do sistema) e, de outra face, faz com que surja o sentimento de *solidariedade* entre as próprias vítimas que passam a se reconhecer como tais em referência ao sistema opressor¹⁷⁷.

7 – No projeto arquitetônico de **Dussel**, pois, o *Princípio da Esperança* de **Bloch** está situado no momento crítico positivo. Isto precisa ficar bem claro para efeito de entender que a crítica negativa já foi realizada desde outra perspectiva. Foca-se, então, no *objetivo-ainda-não-acontecido*, nas possibilidades que a despeito das experiências efetuadas no mundo da vida (socialismos reais), são possíveis. Cuida-se da reconstrução racional, democrática e possível, portanto, factível, da utopia. **Dussel** assevera que:

A utopia e o projeto possível, racional, com a colaboração da ciência e da técnica, fruto da discursividade democrático-intersubjetiva, não é então: a) a utopia impossível do anarquista, b) nem tampouco a utopia do sistema vigente, c) nem uma idéia meramente reguladora e transcendental (como a comunidade de comunicação ideal da Ética do Discurso). É uma utopia que passou pela prova da factibilidade a partir do horizonte das exigências ético-materiais e morais-formais.¹⁷⁸

O apetite da vítima pelo projeto alternativo (e novo) da libertação é a *pulsão* que orienta o movimento. Precisa-se acreditar que no futuro, sob pena do mais completo *niilismo*, situação rejeitada veementemente por **Bloch**, partidário, como já se fixou, do *Marxismo Romântico*. O pessimismo renitente imobiliza e leva ao *niilismo*. É que o passado construído sobre os acontecimentos históricos, longe de

¹⁷⁶ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 380.

¹⁷⁷ RUBIO, David Sánchez. Acerca de la Democracia y los Derechos Humanos: De Espejos, Imágenes, Cegueras y Oscuridades. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 63-98.

¹⁷⁸ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 477.

manter os atores sociais presos aos mórbidos acontecimentos, precisa resgatar o tempo atual, a existência presente e o olhar no futuro¹⁷⁹. O passado, no discurso, deve servir ao enriquecimento do presente e jamais como elemento empobrecedor, eis que sem essa percepção o reprimido instala-se nas práticas atuais imobilizando a ação. É preciso superar o passado e acreditar no futuro.

Logo, a consciência das práticas abusivas do passado, opressoras das liberdades e dos seres humanos – fascismo, nazismo –, jamais pode impingir o sentimento de culpa deliberado aos atores sociais, tratando-os como co-partícipes ou espectadores inertes dos acontecimentos do passado. Como assevera **Warat**: *“Falas que tentam gerar uma certa consciência culposa em auditórios assumidos indiretamente como cúmplices.”*¹⁸⁰ Conhecer o passado, rejeitando a violência e apontando-se para o futuro de forma democrática e factível, sem os totalitarismos e discursos unilaterais¹⁸¹ que pululam inadvertidamente os discursos (ditos) progressistas. Esse resgate do *outro* (também vítima)¹⁸² pode ser feito no âmbito da *Ética da Libertação*.

8 – Mesmo que a realidade que circunda os indivíduos esteja arrostanda com a opressão e vilipêndio, o acreditar *ser possível* mudar, a esperança em dias melhores, é o móvel de toda ação. Sem ela a crítica se torna estéril, inútil e imobilizadora. A pujança do crer em dias melhores é o marco fundamental. Apimenta o dia-a-dia; concede o molho à realidade. A constatação de **Bloch** de que o futuro é inexorável, gera o medo e o entusiasmo, faz perceber que o futuro é a morada do desejo.

Entretanto, a pergunta que se deve fazer (as vítimas para elas próprias): *‘está-se dando condições para que os seres humanos viventes tenham condições mínimas para manutenção, reprodução e desenvolvimento da vida desde dentro da realidade/legalidade?’* A resposta depende desse processo de se dar conta da condição de vítima, já que a realidade imposta (Direito, Economia, etc.) protege algumas classes; classes de privilegiados/opressores (Cap. 6º). E a resposta dada

¹⁷⁹ WARAT, Luis Alberto. *Por quem cantam as sereias*. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 177.

¹⁸⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, p. 11.

¹⁸¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna...*, p. 15: “A paixão pelo seu próprio discurso impede-lhes o autêntico exercício de uma prática política que precisa administrar as contradições de uma práxis que o sonho perfeito sempre escamoteia.”

¹⁸² WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 155-242.

por **Dussel** é acachapante, construindo, ao final, o *Enunciado do Princípio Liberdade*:

Aquele que opera ético-criticamente deve (está obrigado a) libertar a vítima, como participante (por ‘situação’ ou por ‘posição’ – diria Gramsci) da própria comunidade a que pertence a vítima, por meio de a) uma transformação factível dos momentos (das normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas de eticidade) que causam a negatividade material (impedem algum aspecto da reprodução da vida) ou discursivo-formal (alguma simetria ou exclusão da participação) da vítima; e b) a construção, através de mediações com factibilidade estratégico-instrumental críticas, de novas normas, ações, microestruturas, instituições ou até sistemas completos de eticidades onde essas vítimas possam viver, sendo participantes iguais e plenos.¹⁸³

9 – Em resumo, sem rejeitar a crítica negativa, ou fria, que leva ao imobilismo, **Bloch** procura conjugar a racionalidade pessimista com uma pitada de paixão, com o olhar no futuro, na factibilidade do possível. Essa função utópica, de fazer caminhar, parte de desvelamentos materiais: vida (que foi dada) e sua reprodução: evitar a fome¹⁸⁴ (dever de co-responsabilidade de todos – oprimidos e opressores). Trata-se de aproveitar o momento negativo para projetar, com afeto e razão, as alternativas plenamente possíveis e só-negadas a partir da leitura das vítimas. Diz: *Eu sou. Nós somos. E basta! Temos que agora começar.* Cuida-se de processo de se dar conta da realidade a partir de suas próprias pulsões (básicas, muitas vezes).

Dar vazão àquilo que pulsa nos indivíduos, a vida, o fundamento: o critério material de validade universal. E têm-se a obrigação de viver, de deixar viver e lutar pela vida. Na disposição, interesse em transformar o presente insuportável (da opressão), surge a possibilidade de superação do ostracismo, assumindo-se uma postura de *intelectual orgânico (Gramsci)*¹⁸⁵. O se rebelar não é (mais) inconseqüente, nem pode ser. Não pode ser o ‘discurso da histórica’ de **Lacan**¹⁸⁶, que quer uma explicação total e para tudo, pois aceita a contingência. É

¹⁸³ DUSSEL, Enrique. *Ética da Liberdade...*, p. 585.

¹⁸⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva..., p. 49: “Então, a situação de pura fome implica excluir o sujeito não apenas da esfera da cidadania e da sociedade, mas também da esfera do desejo. Implica aniquilamento do sujeito também enquanto sujeito desejante.”

¹⁸⁵ GRAMSCI, Antônio. *Cadernos do Cárcere*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. Destacando o papel dos intelectuais, Gramsci depois de desenvolver a categoria de “Bloco Histórico” e de “Hegemonia”, entendida como o domínio e direção de uma classe em um contexto histórico, os considera como elementos do “Bloco Histórico”, as células vivas da sociedade civil e da sociedade política, os agentes da superestrutura que elaboram a ideologia da classe dominante, os quais são cooptados pelas artimanhas do próprio modelo que se agregam.

¹⁸⁶ LACAN, Jacques. *O seminário: o avesso da psicanálise...*, p. 9-78.

fundamentado numa crítica séria, sustentadora teórica da transformação baseada na opressão da miséria do mundo da vida, de modo *factível*. E neste sentido, a *esperança* é o apetite por um horizonte no qual tendem os insatisfeitos. Essa pulsão/volição precisa, todavia, ser direcionada positivamente para um projeto social responsável de futuro.

O deslocamento do papel da vítima, não mais como espectadora do *happy end*, mas construtora de sua vida futura é talhada pela *esperança*. Há uma *factibilidade* possível de unir esforços de realização material. Congregando os sonhos das vítimas, abertos e racionais, com absoluto entusiasmo utópico, diz **Hinkelammert**

La crítica de la razón utópica demuestra que en la modernidad la razón misma ha adoptado un carácter utópico. Por eso hoy esta crítica es posible y necesaria. Pero no consideramos el carácter utópico de la razón moderna como una confusión, de la cual se tuviera que salvar la razón, sino como una dimensión en su interior, de la cual tenemos que tomar consciencia. Por consiguiente, la crítica de la razón utópica no se propone la tarea de abolir la utopía. Eso sería la utopía más peligrosa y más destructora de todas. El pensar en utopías hace parte de la conditio humana misma. Quien proclama el 'fin de las utopías', llega a un levantamiento ciego y por eso inhumano contra la conditio humana. El hecho de que hoy se emprende este levantamiento precisamente en nombre de la conditio humana, la hace más peligrosa aún. (...) La abolición de las utopías no es el problema, sino la toma de consciencia acerca de su importancia y de sus características. Las utopías son imaginaciones, que se relacionan con un 'mas allá' de la conditio humana, pero sin las cuales no podemos saber nada de la conditio humana. Todavía vale el graffiti de 1968 en un muro de la universidad de París, aunque un poco cambiado: '¡Sejamos realistas, pensemos los imposibles!'. Porque no pensar lo imposible es imposible, y sin pensar lo imposible jamás podemos circunscribir el marco de lo posible.¹⁸⁷

A superação dos limites impostos pelo presente é o mote da proposta. Permeada pela *esperança* edificada sobre os pilares do passado vivido (experiência da opressão), mostra-se como a possibilidade de um acontecer não concluído no passado. Daí a força do ato de esperar, para que agregado ao desejo, possa assumir, a partir das vítimas, as táticas de salvação do futuro. Em síntese: *sonhar acordado; e o sucesso ou a derrocada do projeto é uma profecia auto-realizável*.

10 – Retomando o conto de **Borges** – mostrado no início –, o futuro depende muito desse ato: *Olho minha cara no espelho para saber quem sou, para saber*

¹⁸⁷ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica de la razón utópica*. Bilbao: Desclée, 2002, p. 388.

como me portarei dentro de umas horas, quando me enfrentar com o meu fim. Minha carne pode ter medo, eu não!

Esta desconstrução/negação do ‘*mito da Modernidade*’ guarda especial relevo no âmbito do Direito, eis que a maneira pela qual se impôs as matrizes epistemológicas se deu na linha da colonização da periferia¹⁸⁸, excluindo da comunicação, na pretensão de *validade*, os sujeitos caudatários que, todavia, sofre(ria)m as conseqüências das decisões (dentre elas, as judiciais), diante da impossibilidade de realização do critério-material: *vida, sua produção, reprodução e desenvolvimento*.

§ 4º – O discurso da ciência Moderna e sua função: a ilusão da plenitude do conhecimento: a obturação anestesiante da *falta*

“Tú quieres entender, debes creer primero.” Santo Agostinho

1 – Embora se tencione discorrer sobre as possibilidades e limitações da *epistemologia jurídica* aplicável ao Processo Penal, não se pode prescindir de um resgate do modelo de ciência da *Modernidade* cujos reflexos se fazem sentir no discurso jurídico. Ao se debruçar sobre a teoria da *verdade* manejada pelo *senso comum teórico*, constata-se que esta ainda se encontra em *lua-de-mel* com a verdade fundante. A busca, pois, de uma aproximação epistemológica pressupõe lançar o olhar por diversos autores, destacando o mais relevante de cada um dos *escolhidos* o que, dada a vastidão de obras, impossibilita um maior aprofundamento¹⁸⁹. Esta introdução é necessária para que, na seqüência, insira-se a questão da *epistemologia garantista* de maneira mais coesa, tendo-se explicitado, antes, o paradigma científico herdado da *Modernidade*. Esta mediação, então, explica concisamente (mais próximo do proposto) o desenvolvimento da *epistemologia da Modernidade* e seus reflexos (ou ausências).

Com efeito, a discussão das possibilidades científicas do Direito na prática judicial e, especialmente nas sentenças penais, acaba sendo tido como uma premissa indiscutível. Parte-se da possibilidade da realização de ciência no Direito e

¹⁸⁸ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro...*; NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

¹⁸⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

a *epistemologia jurídica* será o meio para se chegar a um resultado racional e confiável. A fé na ciência é um fator co-produtor da realidade e no campo jurídico ganha uma relevância *a-crítica* impressionante, afinal os *neuróticos* precisam preencher sua *falta* com algo, sendo que a ciência com seus discursos totalitários *ostenta tamponar*, como impostora, claro, a *falta de todos os dias*. A ciência jurídica com seus métodos hermenêuticos de produção *de verdade*, reitera a banalização interpretativa, a valorização do ritual, sem qualquer discussão antecedente: mas será que os métodos são legítimos? No que se fundamentam? Será que existe um único método possível para discussão da verdade? Será que existe verdade? O que será o resultado do processo judicial? O que está para além dos métodos?

Estas perguntas, se é que são feitas, acabam sendo enfeitadas pelo *senso comum teórico* com os mais variados argumentos. É que alienados que estão e por deficiência técnica e volitiva, os *atores jurídicos*, resultado de uma formação acadêmica deficiente, acabam reeditando os velhos e rançosos métodos, como se fossem autômatos, máquinas. Basta uma leitura nos *Manuais de Introdução ao Estudo do Direito* para que se perceba a maneira pela qual a hermenêutica é ensinada, de forma bancária, como diria **Freire**, o qual critica as relações tradicionais entre educador e educando em que os conteúdos dados são alienados diante da realidade circundante, ou seja, sem significação. É uma palavra "*ôca, em verbosidade alienada e alienante*." Isto leva a uma educação mecânica do conteúdo, onde os educandos são considerados vasilhas onde os educadores despejam seu conteúdo. "*Eis aí a concepção bancária da educação, em que a única margem de ação que se oferece aos educandos é a de receberem os depósitos, guardá-los e arquivá-los. (...) Só existe saber da invenção, na reinvenção, na busca inquieta, impaciente, permanente, que os homens fazem no mundo, com o mundo e com os outros.*"¹⁹⁰ Aliás, a própria discussão do *ato de ensinar* é relevada pelo Ensino Jurídico¹⁹¹.

¹⁹⁰ FREIRE, Paulo. *A pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 65-66.

¹⁹¹ Conferir: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Advogado e Mercado de Trabalho*. Campinas: Julex, 1988; FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sonhocídio: Estragos Neoliberais no Ensino do Direito ou 'La Busqueda del Banquete Perdido' como diria Enrique Mari..., p. 97-108; LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar Direito, Hoje?* Brasília: Nair, 1984; MONDARDO, Dilsa. *20 Anos Rebeldes: o direito à luz da proposta filosófico-pedagógica*

2 – Daí que se aceita como *verdade absoluta* o resultado dos processos penais, como se fossem a emanção daquilo que efetivamente ocorreu no mundo da vida, por ser o resultado de um método (dito) científico, trazendo o selo de qualidade: *cientificamente comprovado*. Isso porque o atributo/adjetivo *científico* enseja a confiança, concedida pelo *Outro*, no produto indicado: a sentença judicial, a qual estaria acima de qualquer contestação vulgar, já que legitimada pela lei. No caso do Direito, em larga escala, existem – demonstraram **Legendre e Warat** – os *auto-intitulados cientistas* do Direito que, seguindo um método empírico, normalmente confundido com uma simples coleta de dados, observações e conseqüentes derivações em leis universais de padrões gerais, organizados por um procedimento lógico, determinam o que é científico juridicamente. Esta afirmação universal esbarra numa circunstância primaz: *quem garante que a teoria científica é verdadeira? Qual o padrão para tanto?* Sem recorrer ao infinito *platônico*, cumpre reconhecer que pela maneira que as coisas são tratadas no Direito, estas questões são obturadas pela colocação na fé/crença numa *verdade* ontológica, primeva, a-crítica e colmatadora da reprodução do *status quo*, sem mesmo se dar conta de que o conhecimento é construído, inventado, afirma **Foucault**: “O conhecimento foi, portanto, inventado. Dizer que ele foi inventado é dizer que ele não tem origem. É dizer, de maneira mais precisa, por mais paradoxal que seja, que o conhecimento não está em absoluto inscrito na natureza humana.”¹⁹² Mas antes de aprofundar a questão da *verdade* e do *garantismo penal* (Cap. 4º), justifica-se um rasante pela construção *epistemológica* herdada da *Modernidade*, guiado pelo referente das possibilidades de conhecimento científico.

§ 5º – Bacon e Locke

1 – Palmilhando a história da ciência, sem pretender reconstruir o percurso, cabe lembrar que **Bacon** (1561-1626) foi um dos primeiros a tentar articular o *método* da ciência moderna, propondo – já no Século XVII –, que a meta da *ciência* é o melhoramento da vida do homem na terra, via *indutivismo*. Para tanto, **Bacon** considerava a filosofia como uma nova técnica de raciocínio que deveria

de L. A. Warat. Florianópolis: Diploma Legal, 2000; ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998, p. 143-151.

¹⁹² FOUCAULT, Michael. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1996, p. 16.

restabelecer a ciência natural – interpretação da natureza – sobre bases firmes, ainda não tentadas¹⁹³. Afirmava que a mão nua e o intelecto precisavam de uma interação para tornar mais proveitosos os feitos humanos, já que a ciência e o poder do homem sobre a natureza coincidem. Defendia que o verdadeiro filósofo natural – cientista da natureza – deveria fazer a acumulação sistemática de conhecimentos utilizando conjuntamente um método que permitisse o progresso do conhecimento, não apenas a catalogação de fatos de uma realidade supostamente fixa, devendo ser pródigo em resultados práticos. Isso porque a lógica utilizada de forma corriqueira serviria mais para consolidar erros, porquanto fundada em noções vulgares, do que para a indagação da *verdade*. Sua proposta pretendia penetrar nos estratos mais profundos, em comparação com as noções vulgares e, por essa razão, mais corretos.

O *Novum Organon* ocupa-se do *método* de sistematização e padronização da observação e da experimentação. Dizia **Bacon** que a *verdade* somente pode ser alcançada por duas vias: a *primeira*, partindo das sensações mais particulares aos axiomas mais gerais e depois aos axiomas intermediários; a *segunda*, que a partir dos axiomas particulares vai ascendendo até os mais gerais. Seu estudo segue a *segunda*, a via técnica, *indutiva*, a qual seria necessária para fazer caminhar a ciência, a partir de axiomas abstraídos de situações particulares e devidamente ordenados. Por meio do método indutivo, **Bacon** distingue a experiência *vaga* e a experiência *escriturada*, sendo a primeira a observação feita ao *acaso*, enquanto a segunda corresponde ao ato de *observação metódica* vinculada aos experimentos. Assim, ao pesquisador, para alcançar o conhecimento correto da natureza e descobrir os meios de torná-lo eficaz, seria necessário libertar-se das causas dos erros, denominados *Ídolos* (da Tribo: natureza humana, da Caverna: da pessoa, do Foro: uso das palavras equívocos, e do Teatro: sistemas falseados). Defendeu, como introdução de seu método, o preceito da observância contra os *ídolos*, sendo este o instrumento demolidor que, aliado ao instrumento construtivo da indução, ou seja, partindo-se dos fatos concretos, aferidos em face da experiência, ascendem-se até as formas gerais, que constituem suas leis e causas. Lembrou, contudo, que as observações e experiências merecedoras de crédito são apenas aquelas que podem ser repetidas. Sustentou, desta forma, uma nova ciência, baseada em experimentos

¹⁹³ BACON, Francis. *Novum organum*. Trad. José A. R. de Andrade. São Paulo: Abril, 1973.

organizados com o registro sistemático dos resultados obtidos. Leis gerais poderiam ser estabelecidas somente quando os experimentos tivessem produzido dados suficientes e então, por raciocínio indutivo, partindo-se dos particulares e subindo gradualmente, sem lacunas, chegaria-se aos axiomas mais gerais de todos. Estes, contudo, teriam também que ser postos à prova por novas experiências: *“Resta-nos um único e simples método, para alcançar os nossos intentos: levar os homens aos próprios fatos particulares e às suas séries e ordens, a fim de que eles, por si mesmos, se sintam obrigados a renunciar às suas noções e comecem a habituar-se ao trato direto das coisas.”*¹⁹⁴

Importante ressaltar que o método indutivo era conhecido dos antigos, mas se restringia a aspectos puramente formais. Com **Bacon**, a indução torna-se amplificadora. Dito de outra forma, parte-se de uma coleção limitada de fatos e o que se descobre como válido para esses fatos é estendido a todos os análogos, ainda que não tenham sido pesquisados um por um, alavancando o conhecimento e o saber. Em síntese, considerando que conhecimento é poder, **Bacon** instituiu um método que compreendia a coleta de dados, sua cuidadosa interpretação, a realização de experiências, para assim conhecer os *segredos da natureza* por meio de observações sistemáticas de suas leis, com influência inexorável no desenvolvimento das ciências, através do método experimental ou científico. Propondo a observação isenta dos preconceitos, afastando os ídolos, coletando dados e interpretando-os zelosamente, seria possível a condução de experimentos para, com todo esse método, aprender os segredos da natureza e sistematizar o que nela parece desordenado e irregular. Estava convicto de que havia inventado um método que levaria os homens ao desenvolvimento.

Não obstante tenha influenciado muitos cientistas ulteriores, seu método apresentava falhas como o desprezo pela ciência especulativa, o papel da hipótese, a qual tinha como elemento estéril e irrelevante, já que todo conhecimento verdadeiro deveria decorrer da *observação* e do *experimento*, e a existência de suposição prévia – dizia **Bacon** – só iria provavelmente distorcer a percepção e a interpretação, favorecendo a atuação dos ídolos. Porém, sem hipóteses não existem experimentos aferidos, que são a base do método científico moderno. A principal contribuição de **Bacon** foi a crítica ao modelo anterior, sem que, contudo, seu

¹⁹⁴ BACON, Francis. *Novum organum...*, p. 26.

método *indutivo* pudesse resolver todas as questões ou ser invocado atualmente sem problemas.

2 – A proposta de **Locke** (1632-1704), por sua vez, é *empírica*¹⁹⁵, voltada à observação, mas admite a existência do *sobrenatural*. Acreditava na existência divina que, para ele, poderia ser provada racionalmente. No ‘*Ensaio sobre o entendimento humano*’ pretende investigar a *origem, certeza e extensão* do *conhecimento* e do *entendimento* humano através da observação, para então determinar os limites entre a opinião e o conhecimento¹⁹⁶. Para tanto, **Locke** busca a origem das *idéias*, entendidas como o conteúdo da consciência e das experiências. A construção do conhecimento é um dever do homem, uma vez que Deus lhe deu condições para armazenar as experiências e as combinar, possibilitando, assim, a orientação e o aperfeiçoamento de suas capacidades individuais. Defendia, nessa linha, que o *entendimento* é formado a partir das *idéias* que são oriundas de *percepções, impressões e sensações* acumuladas pelo homem. Sendo assim, assegura que não existem princípios inatos – de consenso universal –, desprovidos de *consciência*, na mente humana. Partindo desta premissa, é o sujeito que determina a qualidade das coisas pela observação da natureza e, por conseguinte, possui liberdade acerca de seu entendimento. Aduzia que os princípios práticos – morais –, a exemplo da Justiça, da fé – crença em Deus – e da virtude, igualmente não são inatos, ao que geralmente são provados pelo conhecimento porque são *proveitosos* ao convívio, o que possibilita a diversidade de condutas, por vezes contrárias, adaptadas em diferentes sociedades.

Segue-se daí que a *idéia* é o objeto do pensamento, sendo derivada da sensação, fonte das *idéias* ou da reflexão humana, sentido interno das coisas externas, tais como o raciocínio, o pensamento, a dúvida, a crença. O que *transforma* *idéias* em conhecimento são as *experiências*, seu fundamento. Entretanto, cabe ressaltar que para **Locke** nem todas as *idéias* possuem o condão de formar o conhecimento, porque para isso necessitam de prova. Por outro lado, classifica as *idéias* em *simples* e *complexas*, as primeiras são uma espécie de concepção unitária, sem mistura ou interferência, as quais são fornecidas à mente pela sensação e reflexão, ao passo que as segundas se formam “quando o

¹⁹⁵ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Abril, 1973.

¹⁹⁶ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, p. 146.

*entendimento já está abastecido de idéias simples, tem o poder para repetir, comparar e uni-las numa variedade quase infinita, formando novas idéias complexas.*¹⁹⁷ De outra face, defende a existência de progressos em direção ao conhecimento mediante a faculdade da *retenção*, isto é, da *memória* – armazém de idéias. Nesse âmbito, a obtenção do conhecimento, em regra, se dá pela repetição das experiências e das idéias fixadas. E essa função da memória, de fornecer as *idéias* adormecidas assim que requeridas, possibilitando o uso em diversas situações, denomina-se “*invenção, fantasia e vivacidade.*”¹⁹⁸

Com efeito, partindo da idéia da *caixa vazia* em que são apreendidos os primeiros objetos pela experiência (sensações internas e externas), armazenando-os¹⁹⁹ (por *agudez, julgamento, comparação, composição, denominação e abstração*), é possível se chegar à *verdade* examinando-se as *coisas* como elas realmente são, rejeitando o que foi imaginado ou ensinado²⁰⁰. A *verdade* e a realidade sensível, pois, são sinônimos.

Especificamente sobre as *palavras*, **Locke** afirma que nada mais são do que a manifestação simbólica (linguagem) das idéias e do conhecimento, concedido por Deus²⁰¹. Assim, a linguagem compreende sinais que se transformam em sinais de *idéias*, cujo uso e força (da linguagem) atua como “*subserviente à instrução e ao conhecimento.*”²⁰² É importante definir que as palavras são sinais sensíveis, necessários para a comunicação – pelas quais as idéias e os pensamentos podem ser conhecidos dos outros –, imprimindo marcas de *idéias* na mente de outros homens, ou ainda a realidade das coisas. No mais, as palavras, em função de sua manifestação sonora, normalmente motivam novas idéias. O problema, contudo, reside no fato de que o aprendizado de sons articulados, desde o berço, faz com que o homem reprise palavras destituídas de significado, em função do costume

¹⁹⁷ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, p. 170.

¹⁹⁸ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, p. 184.

¹⁹⁹ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, p. 186-187.

²⁰⁰ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, p. 187: “Penso que este breve relato mostra a verdadeira história do início do conhecimento humano, a saber como a mente aprende seus primeiros objetos, quais os passos que a fazem progredir com base na produção e armanezamento dessas idéias, a partir das quais todo conhecimento de que é capaz pode ser modelado; por conseguinte devo recorrer à experiência e à observação para verificar se estou correto.”

²⁰¹ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, p. 227: “Deus, tendo designado o homem como criatura sociável não o fez apenas como inclinação e necessidade para estabelecer camaradagem com os de sua própria espécie, mas forneceu também a linguagem, que passou a ser o instrumento mais notável e laço comum da sociedade.”

²⁰² LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, p. 228.

difundido ao uso, sem qualquer significação, manifestando-se em sons arbitrários que deixam de estimular os outros e estabelecer a comunicação. A maioria das palavras, pois, são termos gerais, uma vez que é impossível se dar um nome a cada coisa, e assim a comunicação acontece por meio da conexão que a mente estabelece entre suas idéias e os sons que usa como sinais delas, formando-se a partir de idéias abstratas – essência da idéia – gêneros e espécies de palavras, de onde se criam nomes e definições que sempre indicam a essência da idéia – quer seja ela simples ou complexa –, a exemplo da luz, movimento, etc. Cabe ressaltar que, em **Locke**, os nomes das idéias complexas formam-se pelo *entendimento*, pela *essência*. O problema que **Locke** aponta, neste sentido, reside no mau emprego de certos termos, de forma que novas idéias podem ser denominadas com nomes antigos que não são reinventados, podendo gerar certa confusão. Desta feita, os termos gerais existem efetivamente, mas devem, a cada dia, sofrer especificações concretas. Em síntese: as palavras são usadas para registrar e comunicar nossos pensamentos, “*primeiro para o registro de nossos próprios pensamentos e, segundo para a comunicação de nossos pensamentos com os outros.*”²⁰³ As imperfeições das palavras consistem na *incerteza de seus significados*, sendo que o fim da linguagem é ser entendida e a ausência de rigor de sua aplicação pode causar problemas no entendimento. Tal situação ainda pode ocorrer com o *abuso* das palavras, quer pela ausência de idéias claras, nelas contidas, quer pela aplicação errada ou ainda pela obscuridade. O remédio para tais abusos e imperfeições anteriores é nunca as usar sem uma idéia intrínseca, um acordo de significado, com propriedade do conhecimento de seu sentido: “*Na verdade, a necessidade de comunicação da linguagem aproxima os homens a um acordo com respeito ao significado das palavras ordinárias, com certo escopo tolerável que deve servir para a conversa cotidiana.*”²⁰⁴

Assim é que o “*conhecimento nada mais é do que a percepção da conexão e acordo, ou desacordo e rejeição de quaisquer de nossas idéias*”²⁰⁵. E a correspondência entre duas idéias – acordo ou desacordo – é preponderante para o conhecimento. O conhecimento, nesta quadra, pode ser *intuitivo* (visão das idéias

²⁰³ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, p. 257.

²⁰⁴ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, p. 270.

²⁰⁵ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, p. 273.

por elas mesmas), *demonstrativo* (raciocínio), ou *sensitivo* (experimentável), todos, desde que comprovados, mas não podem ir além das *idéias*, se dividindo em *Verdade Real* e *Geral*, medido pela sua *verdade* e *certeza*. Assim, através da observação das sensações (sentidos), forma-se um conhecimento da existência humana (intuitivo), da existência de Deus, e um conhecimento acerca do conhecimento das outras coisas. O aperfeiçoamento do conhecimento não é obtido, assim, das máximas – proposições gerais –, mas da comparação de idéias claras e distintas, considerando-se idéias abstratas – natureza das idéias –, priorizando-se efetivamente a experiência – manifesta pela linguagem – que é a verdadeira base do conhecimento e, por conseguinte, de seu aperfeiçoamento. Para suprir a *falta de conhecimento*, o homem dispõe do julgamento e da *probabilidade* (leva o homem a presumir que as coisas são verdadeiras, antes de saber se realmente são – atua tanto acerca do fato quanto da especulação). Da *probabilidade* decorre o *assentimento* – satisfação do homem pelo testemunho de suas memórias – produzindo uma segurança próxima ao conhecimento. Em síntese, para **Locke** o entendimento humano é produto das experiências e *idéias* do homem, em permanente (re)construção, o que afasta a idéia do conhecimento inato – estagnado –, com espaço para a *probabilidade*.

§ 6º – **Descartes** e o *cogito*

1 – Com efeito, o que mais incomodava **Descartes** (1596-1650) era a ausência de uma *metodologia* que abraçasse as idéias com um *método* capaz de conduzir os pesquisadores no sentido pleno da busca da *verdade*. A pretensão era de distinguir o *verdadeiro* do *falso* e poder guiar suas ações com o conforto da prometida segurança da *verdade*²⁰⁶. Inicia o *Discurso* fazendo uma crítica contundente ao *bom senso*²⁰⁷ desorganizado, intuitivo e contraditório, formador da opinião dos homens comuns. Sua pretensão não é a de ensinar o *método* universal para condução da vida da humanidade, mas a demonstrar como pretendia conduzir a sua própria vida. E esse movimento se deu em relação às estruturas sociais

²⁰⁶ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. Elza Moreira Marcelina. São Paulo: Abril, 1973, p. 41.

²⁰⁷ DESCARTES, René. *Discurso do método*..., p. 37: “O bom senso é a coisa do mundo melhor partilhada, pois cada qual pensa estar tão provido dele, que mesmo os que são mais difíceis de contentar em qualquer outra coisa não costumam desejar tê-lo mais do que têm.”

(Estado, Escola, etc.), tendo efetuado um controle dos fundamentos da sociedade, verificando se eram, pois, verdadeiros.

Descartes resolveu refletir e nesse momento de profunda introspecção descobriu a imanência de seu próprio pensar – *cogito*:

Mas, logo em seguida, adverti que, enquanto eu queria assim pensar que tudo era falso, cumpria necessariamente que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade: eu penso, logo existo, era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cétricos não seriam capazes de a abalar, julguei que podia aceitá-la, sem escrúpulo, como o primeiro princípio da Filosofia que procurava.²⁰⁸

Em seguida professa a crença *dualista* de que a alma habita o corpo e que, assim, é autônoma e, como a maior parte das coisas são pouco discerníveis, percebeu-se imperfeito e limitado, decorrendo daí a conclusão de que deve ter sido criado por um ser mais perfeito que ele: momento em que remete, pois, a Deus²⁰⁹. Toda a concepção de mundo e de homem de **Descartes** se baseia na divisão da natureza em dois domínios opostos: o da *mente* ou *espírito* (*a coisa pensante*) e o da *matéria* (*a coisa extensa*). A *mente* e *matéria* seriam criações de Deus, partida e ponto de referência comum a essas duas realidades²¹⁰.

Explicitando as regras de seu *método* rumo à *verdade*²¹¹, tinha como *primeira* a clareza da luz: enxerga-se enquanto há luz; mas não é qualquer luz e sim a da *verdade*. A *segunda* regra que a análise considera é a do pensamento como sendo um todo composto de partes que podem ser desmembradas e conhecidas separadamente, origem, aliás, da divisão em especialidades do conhecimento ocidental. A *terceira* regra é a da ordenação das partes conhecidas partindo-se do mais simples para o complexo. *Ao final*, propõe o exercício de um rigoroso controle de qualidade mediante a efetivação de revisões minudentes e profundas das três etapas antecedentes. Assim é que a observação tinha papel de destaque. O

²⁰⁸ DESCARTES, René. *Discurso do método...*, p. 54.

²⁰⁹ DESCARTES, René. *Discurso do método...*, p. 56: “Mas que devia necessariamente haver algum outro mais perfeito, do qual eu dependesse e de quem eu tivesse recebido tudo o que possuía.”

²¹⁰ DESCARTES, René. *Discurso do método...*, p. 59: “Permanecia sempre firme na resolução que tomara de não supor qualquer outro princípio, exceto aquele de que acabo de me servir para demonstrar a existência de Deus e da alma, e de não acolher coisa alguma por verdadeira que não me parecesse mais clara e mais certa do que me haviam parecido anteriormente as demonstrações dos geometras.”

²¹¹ Esta necessidade de (re)construir radicalmente todo o pensamento científico da época era trabalhada na forma de uma metáfora: a da *cidade*, pela qual a pretensão de reconstruir de forma original o edifício do saber não pode ser o de simplesmente destruí-lo, dado que estaria desprovido de abrigo durante a reconstrução, exigindo, portanto, a postura que assumiu.

movimento partia de que nunca se acolhia alguma coisa como verdadeira se não fosse conhecida pelo investigador como tal, evitando a precipitação, bem como a prevenção pela ausência de *dúvida* no seu espírito; no segundo momento as dificuldades eram divididas em quantas parcelas fossem possíveis a fim de facilitar a explicação e a resolução; em seguida, adotando o critério da simplicidade, partia-se da resolução dos mais simples em direção aos mais difíceis/compostos, supondo uma ordem entre os que se não precedem naturalmente uns aos outros. Por fim, organizar-se em estruturas complexas, devidamente revisadas, englobando a análise do *todo*.

Em sua concepção, influenciada pelos avanços na técnica da relojoaria holandesa, **Descartes** acreditava que o universo nada mais era que uma máquina. A natureza funcionava mecanicamente de acordo com leis matematizáveis. Esse quadro tornou-se o *paradigma* dominante – com os acréscimos e alterações *ad hoc* supervenientes – nas ciências até os dias atuais. Passou a orientar a observação e produção científica até que a *Física* do século XX questionou seus pressupostos mecanicistas básicos²¹². Estendeu a visão para construir uma ciência natural completa, espalhando o método para o mundo e reinos biológicos, defendendo, portanto, que as plantas e os animais nada mais eram que simples máquinas, assim como o corpo humano também era uma máquina, diferenciada porque seria habitada por uma alma inteligente, distinguível da máquina-corpo. Essa ênfase no *método analítico* tornou-se a característica básica do moderno pensamento científico. Esse *método*, tornado dogma, levou à atitude generalizada do *reducionismo* em ciência – a crença de que a compreensão de partes que constituem um todo, desconsiderando as demais circunstâncias (conscientes e inconscientes) que podem ser adquiridas plenamente pela análise.

2 – Depreende-se, então, que seu método consistia em subdividir o problema a seus níveis mínimos, ou seja, segmentar para baixo, separando as peças, reduzindo-os até seus componentes ‘fundamentais’ para, assim, perceber suas relações. A crítica básica do método analítico e *reducionista* é a da impossibilidade de que o todo possa ser compreensível como uma totalidade orgânica ou que esse todo possa ter características que superem a mera soma de suas partes

²¹² CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 36-40.

constituintes, acrescida, ainda, da crítica posterior da *Filosofia da Linguagem* e da *psicanálise* (Caps. 5º e 8º). Conquanto não se possa negar as contribuições decorrentes da aplicação do método *cartesiano*, o maior obstáculo a transpor é o de que ele não serve para todos os problemas nem todas as áreas do conhecimento. E a percepção da limitação não é aceita com facilidade pelos partidários ingênuos da simplicidade científica. Isto porque a busca da *verdade* está *de mãos dadas com Deus*, cujo fundamento é pressuposto, mesmo não se apercebendo que a própria existência de *Deus* é impossível de ser comprovada pela metodologia que indica²¹³. Na época e estendendo efeitos até hoje, especificamente no Direito, indicou (e remanesce) a *crença* na *verdade* infalível da ciência, muito difundida e, de certa forma, cômoda, enraizada na cultura ocidental, apesar de suas limitações inexoráveis, justo porque vem ao encontro daquilo que, no homem, reclama estabilidade e, enfim, segurança.

§ 7º – Hume com Kant

1 – As representações mentais, segundo **Hume** (1771-1776), se constroem após as sensações perceptivas. Afirmava que o primeiro contato com o mundo se trata de mera *impressão* que depois de encadeada mentalmente, é envolvida por reflexões e, através da *representação*, o sujeito forma a *idéia*. A *idéia*, pois, é um reflexo da *impressão*, uma cópia pálida, até uma deturpação da percepção bruta. Sobre a possibilidade de conhecimento, sustentava que o caminho da ciência é o mais consentâneo com a vida humana e todo aquele que for capaz de produzir algum avanço é um benfeitor da humanidade²¹⁴. Existe aqui, também, uma perspectiva *utilitária* da ciência, a qual deve investigar seriamente a natureza do entendimento humano. Neste pensar, seria necessário um esforço para conhecer as diversas operações do intelecto, diferenciando e classificando, para que não ocorra desordem na apreensão dos dados da experiência. Dessa maneira se poderia controlar tudo aquilo que está ao alcance do conhecimento humano, rejeitando a concepção filosófica/metafísica hermética, acessível somente aos iniciados –

²¹³ O Círculo Cartesiano se mostra desta forma: para sabermos que Deus existe, precisamos confiar na clareza e nitidez da *idéia* de Deus; mas, para termos certeza de que uma *idéia* é verdadeira, precisamos saber que Deus não só existe, como não nos engana.

²¹⁴ HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Trad. Leonel Vallandro. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 130: “O homem é um ser dotado de razão e, como tal, recebe da ciência o seu alimento e nutrição própria. (...) Sê filósofo, mas, em meio de toda a tua filosofia, não te esqueças de ser homem.”

distante do leitor mediano. Com efeito, as percepções da *mente* que estruturam o funcionamento do entendimento, segundo **Hume**, dividiam-se em duas espécies ou classes, “as quais se distinguem pelos seus diferentes graus de força ou vivacidade.”²¹⁵ A primeira é a das *idéias* ou *pensamento*, enquanto a segunda é das *impressões*²¹⁶. Essa diferenciação é fundamental para o entendimento da proposta de **Hume**, dado que dela decorre a existência de prévias *impressões* que arremessadas no interior da mente humana, naquilo que já foi apreendido, formam novas idéias, envoltas nas representações internas decorrentes da experiência, constituindo o que chamou de empirismo psicológico. Em síntese, uma palavra somente significa se possui correspondente no mundo.

Apesar de parecer óbvio a existência de *relações* entre as *idéias*, afirmava que inexistia estudo aprofundado sobre isso e que é necessário tal percepção, indicando a existência de três princípios de conexão entre as idéias: a *semelhança*, a *contigüidade* de tempo e/ou lugar, e a *causa* ou *efeito*. Assim é que todos os objetos podem ser divididos em duas espécies: *relações de idéias* ou *questões de fato*. Especificamente sobre as questões de fato, a sua afirmação precisa ser *falseável* para que o intelecto dê sentido, sob a ótica da relação de *causa e efeito*²¹⁷.

Aventurar-me-ei a afirmar, como uma proposição geral que não admite exceção, que o conhecimento dessa relação não é, em caso algum, alcançado por meio de raciocínios *a priori*, mas origina-se inteiramente da experiência, quando verificamos que certos objetos particulares estão constantemente ligados uns aos outros. (...) e tampouco a nossa razão, sem o socorro da experiência, é capaz de inferir o que quer que seja em questões de fato e de existência real.²¹⁸

Desta forma, a *causa* e o *efeito* das relações não podem ser descobertas simplesmente pela razão, devendo haver o cotejo da experiência e assim ocorrer a respectiva aferição²¹⁹. Em seguida aponta o costume/hábito, operação pela qual se

²¹⁵ HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano...*, p. 134.

²¹⁶ HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano...*, p. 134: “Pelo termo impressão entendo todas as nossas percepções mais vivazes, quando ouvimos, vemos, sentimos, amamos, odiamos, desejamos e queremos. E as impressões distinguem-se das idéias, que são as impressões menos vivazes das quais temos consciência quando refletimos sobre qualquer dessas sensações ou movimentos acima mencionados.”

²¹⁷ HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano...*, p.138: O exemplo clássico é: “Que o sol não nascerá amanhã não é uma proposição menos inteligível e não implica mais contradição do que a assertiva contrária, de que o sol nascerá. Seria vão, por isso, tentar demonstrar a sua falsidade. Se isso fosse demonstrativamente falso, implicaria uma contradição e jamais poderia ser claramente concebido pelo intelecto.”

²¹⁸ HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano...*, p. 138.

²¹⁹ HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano...*, p. 140: “Quando raciocinamos *a priori* e consideramos apenas algum objeto ou causa como tal se apresenta ao intelecto, fora de qualquer observação, ele jamais nos poderia sugerir a idéia de uma objeto diferente, tal como seria o seu efeito; e muito menos mostrar-

verifica que tal objeto é sempre acompanhado de tal efeito e, por semelhança, imputa-se aos objetos semelhantes os mesmos efeitos. Portanto, este princípio – costume ou hábito – pode ser assim expressado: “*de causas que parecem semelhantes, esperamos efeitos semelhantes.*”²²⁰ E esta percepção seria o grande guia da vida humana.

Sobre a questão da *probabilidade* decorrente da observação, assevera que quanto maior for o número de verificações favoráveis, maior será a credibilidade da proposição, sua superioridade. Isso não exclui que no pensamento por *associação*, *contigüidade* e *causação* possam ocorrer equívocos de apreensão, dado que, por exemplo, objetos parecidos podem ser facilmente tomados por idênticos. Sobre o imbricamento mental, afirma que quando se diz que um objeto está ligado a outro isso decorre do estabelecimento de uma conexão entre ambos no pensamento, nascendo da inter-relação, provas da existência deles. Parte, então, do princípio de que toda *idéia* é cópia de alguma impressão ou sentimento antes verificados e quando inexistem impressões, as idéias não existem. Nisto se fundamenta sua percepção de que nada existe sem que haja uma causa²²¹ e o acaso acaba se constituindo como uma palavra negativa.

Para os fins da abordagem, os raciocínios sobre questões de *fato* partem da analogia de fatos pretéritos, nos quais as conseqüências esperadas decorrem da pertinência com as premissas. De causas conhecidas são esperadas as conseqüências conhecidas. E quando há semelhança entre as causas, “*a analogia é perfeita e a inferência que daí se tira é considerada como certa e concludente.*”²²² Conquanto a experiência seja o guia dos raciocínios, **Hume** reconheceu que eles se regem pela *probabilidade*, sendo falíveis, podendo, inclusive, induzir o erro. A probabilidade é a aceitação de uma das alternativas em face dos experimentos e observações do passado, conferindo uma evidência de superioridade. Pelo

nos uma conexão inseparável e inviolável entre os dois. Muito sagaz seria o homem que pudesse descobrir pelo raciocínio que o cristal é efeito do calor e do gelo frio, sem ter tido notícia prévia da operação dessa qualidades.”

²²⁰ HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano...*, p.142.

²²¹ HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano...*, p. 170: “O Autor primeiro de toda as nossas volições é o Criador do mundo, que deu o impulso inicial a esta máquina imensa e colocou todos os seres naquela posição particular de onde deverão resultar, por uma necessidade inevitável, todos os acontecimentos subseqüentes.”

²²² HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano...*, p.172.

ceticismo há uma dúvida fundante não só sobre os princípios, mas também sobre as próprias faculdades, e, em certa dose, é razoável esse ceticismo²²³.

2 – De sorte que **Hume**, com seu *empirismo cético*, critica o conceito de substância, modificando a percepção do *eu* que deixa de ser fixo e simples, com conteúdos de consciência (idéias, representações). Indicou, também, três princípios de associação das representações: *a de contigüidade espacial e temporal, a de (des)semelhança e a de causalidade (e efeito)*. Teve o mérito de demonstrar que *não se pode ter certeza de nenhuma teoria a respeito da realidade*. Para garantir sua sobrevivência, o homem coloca ordem nas coisas e a causalidade não é (sempre) objetiva, dado que nem sempre as mesmas causas produzem os mesmos efeitos, ou seja, *não quer dizer que hoje o sol nasceu que amanhã nascerá, sendo que a certeza foi substituída pela probabilidade*. Isso porque o *foco* da percepção é transferido para a consciência humana e não se encontra na própria coisa, como se fosse autônoma.

O elemento principal para o encadeamento do projeto em construção é que **Hume** teve o mérito de desconstituir o argumento principal de **Bacon** sobre a prevalência absoluta do *método indutivo*, capaz de ser equivocado e manifestamente simples para demonstrar a realidade. Surge, assim, a questão da *probabilidade*.

3 – Nesta evolução sobre a *epistemologia*, a obra de **Kant** (1724-1804)²²⁴ – *Crítica da Razão Pura* – emerge no contexto de uma discussão travada entre *empiristas* e *racionalistas*, os quais, desde suas premissas, buscavam fixar o *método* para o estabelecimento do conhecimento *verdadeiro* como tema central. As principais premissas dos *empiristas*: a) a origem do conhecimento está na experiência e não nas idéias inatas; a mente humana seria uma tábua rasa ou um papel em branco preenchido a partir da experiência; b) o conhecimento humano é

²²³ HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano...*, p. 191: “Mas, ou não existe nenhum princípio original dessa sorte que tenha prerrogativa sobre os outros princípios convincentes e evidentes por si mesmos, ou, se houvesse, não poderíamos avançar um passo além deles a não ser pelo uso dessas mesmas faculdades que nos aconselham a suspeitar. A dúvida cartesiana, portanto, se pudesse ser alcançada por alguma criatura humana (o que evidentemente não pode), seria de todo incurável; e nenhum raciocínio nos poderia conduzir jamais a um estado de segurança e convicção a respeito de qualquer assunto. Deve-se confessar, contudo, que essa espécie de ceticismo, quando cultivada com mais moderação, pode ser entendida num sentimento muito razoável e é um preparativo necessário para o estudo da Filosofia, pois preserva a necessária imparcialidade em nossos julgamentos e expurga nossa mente de todos os preconceitos que nos possam ter sido incutidos pela educação e pela opinião precipitada.”

²²⁴ KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. J. Rodrigues de Menez. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

limitado, constituindo a experiência o seu respectivo limite; c) a razão é conceituada como dependente e limitada aos dados empíricos, de forma crítica e limitada. De outro lado, os *racionalistas* apresentavam as seguintes premissas: a) a origem do conhecimento está na razão, a única fonte de conhecimento válido; b) a razão é capaz de extrair de si mesma verdades primeiras, fundamentadoras da realidade daí decorrente; c) a confiança na razão é absoluta desde que aplicado o método adequado de raciocínio, sendo este o matemático. Partindo dessa querela, **Kant** irá censurar o *empirismo* por ter desvalorizado a razão em detrimento da experiência, sintetizando que se o *racionalismo* é dogmático, o *empirismo* é cético²²⁵. A resposta encontra-se indicada em sua ‘Crítica da Razão Pura’.

Inviável, entretanto, abordar toda proposta *kantiana*, destacando-se o que se mostra relevante para o fim de indicar sua influência na *epistemologia* e, depois, na maneira de se *interpretar*, isto é, na forma pela qual a epistemologia se construiu em torno do Direito, cabendo dizer que no sistema *kantiano* a ‘razão pura’ seria um conjunto de conceitos *a priori*, deduzidos pela razão da experiência. Sem perder de vista, então, ser uma síntese da *sensibilidade* e do *entendimento*, o conhecimento em **Kant** significa *uma correlação entre o sujeito e o objeto*, a partir do momento em que o fenômeno é capturado pela mente não da maneira como é (a coisa em si), mas de acordo com as formas de entendimento. Em outras palavras, inverte-se a compreensão pelo movimento segundo o qual a manifestação fenomenológica das coisas é apreendida pela faculdade do sujeito e não como ela é.

Indagando por que a *Metafísica* não apresenta o mesmo grau de certeza da matemática, deposita suas esperanças na *razão*, trabalhada na sua raiz, ou seja, pura. Retoma a discussão do que a *razão* pode e não pode fazer, sem, todavia, indagar o *ser*, consoante o critica **Heidegger** (Cap. 5º). Portanto, para **Kant**, é preciso buscar na própria *razão* as *regras* e os limites de sua atividade, a fim de saber até que ponto se pode confiar nela. Estruturando sua teoria, diferencia conceitos *a priori* e *a posteriori*. Os primeiros independem da experiência, enquanto os segundos a ela estão vinculados²²⁶. Reconhece a existência de conceitos sem a existência de objetos correspondentes, mas nem por isso de menor importância.

²²⁵ Importante deixar evidente a influência de Hume na sua empreitada, porque afirmou ter sido despertado pelo seu sono sonambúlico/dogmático após sua leitura.

²²⁶ KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura...*, p. 21-39.

Esses conceitos transcendem ao mundo sensível e se constituem de suma importância, sendo objeto de sua investigação.

Diferenciando os *Juízos Analíticos* dos *Sintéticos*, indica que eles se constituem a partir de um sujeito e de um predicado, sendo que nos *analíticos* o predicado pertence ao sujeito, estando contido nele; no *sintético*, ao revés, quando não há identidade²²⁷. A matemática é um exemplo de conhecimento distanciado da experiência e como tal todos seus juízos são *sintéticos*. A *Metafísica* também, por possuir um princípio, parte de proposições *sintéticas a priori*. E, assim, o problema geral da razão pura é: *como são possíveis os juízos sintéticos a priori*? Apesar da negativa de **Hume**, o deslocamento do olhar para a matemática demonstra perfeitamente a existência de juízos sintéticos transcendentes *a priori*²²⁸.

4 – De sorte que a pretensão da *Crítica da Razão Pura* é a de indicar uma ciência particular capaz de dar conta dos princípios do conhecimento *a priori*, na extensão ou limitação do conhecimento racional²²⁹, manejando, para tanto, a) uma teoria elementar da razão pura; e b) uma teoria do método da razão pura. Logo, para construção de um conceito é necessária uma intuição não empírica – um *a priori*, no espaço e no tempo.

Com efeito, **Kant** aceitava a existência de coisas fora do sujeito, mas a maneira pela qual as coisas são conhecidas depende das formas da faculdade de conhecer. Desta maneira, o racionalismo *kantiano* recusa a possibilidade de atingir o absoluto, sem que seja cético, eis que acredita no estabelecimento de verdades universais, ou seja, válidas para todos os homens. Seu método reflexivo consiste no movimento pelo qual o sujeito, em se voltando sobre o sujeito, parte de suas operações mentais. As formas *a priori*, por sua vez, devem ser entendidas como os quadros universais e necessários por meio dos quais o espírito humano percebe o mundo, como no movimento de *causa e efeito*.

Reconhecidos os limites da possibilidade de conhecimento, o qual não pode avançar sobre o indizível (Metafísico), abre caminho para um conhecimento anterior ao ato de conhecer. Embora **Kant** aceite como premissa que os conhecimentos

²²⁷ KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura...*, p. 27-32.

²²⁸ KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura...*, p. 36.

²²⁹ KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura...*, p. 34: “A crítica da razão conduz, por fim, necessariamente, à ciência; o uso dogmático da razão sem crítica conduz, pelo contrário, a afirmações infundadas, que sempre podem ser contraditadas por outras não menos verossímeis, o que conduz ao ceticismo.”

começam pela experiência, adverte que a razão não pode se limitar à experiência, já que os princípios manejados no conhecimento empírico levam a conceber realidades transcendentais (alma, mundo – em sua totalidade – e Deus), tal como acontece com a matemática, a física e a lógica.

Os pressupostos *kantianos* – relação sujeito-objeto – formam a base epistemológica do Direito, tendo influenciado marcadamente a estrutura do ordenamento jurídico (Cap. 3º), sendo que sua proposta será retomada, de forma recorrente, no decorrer deste escrito.

§ 8º – Comte e o positivismo

1 – **Comte** (1798-1857) é o fundador da corrente filosófica *positivista*; e também é o precursor do *positivismo sociológico*, na medida em que transportou o método experimental típico das ciências naturais para as ciências sociais. Afirmava que para se poder explicar de maneira conveniente a *verdadeira* natureza da filosofia positiva era necessário uma visão geral do progresso do espírito humano, dado que uma concepção somente pode ser conhecida adequadamente por sua história. Iniciou seu trabalho com a obra *Curso de Filosofia Positiva*²³⁰, cujo principal aspecto é a Lei dos três estados e a classificação das ciências. Classificou as ciências em: *abstratas* (teóricas ou gerais) e *concretas* (particulares ou especiais). *Abstratas* são aquelas que estudam leis gerais que norteiam os fenômenos da natureza, abrangendo, então, a Matemática, a Astronomia, a Física, a Química, a Biologia e a Sociologia. Não classificou as ciências concretas por ser muito complexo.

O critério da classificação manejado por **Comte** é o da complexidade crescente e generalidade decrescente, isto é, quanto menos complexa é a matéria mais geral ela será, pois poderá ser aplicada a vários fenômenos da natureza. De acordo com **Comte** a Matemática seria a ciência menos complexa, pois se ocupa apenas com a relação de quantidade, aplicável a vários fenômenos naturais, e a Sociologia a mais complexa das ciências, uma vez que o fato social inclui aspectos biológicos – conseqüentemente, fatores químicos, físicos, mecânicos –, e assim por diante. Ao reduzir todas as ciências ao plano físico-matemático, adotou postura

²³⁰ COMTE. August. *Curso de filosofia positiva*: discurso sobre o espírito positivo, discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo. Trad. José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril, 1973.

naturalista, dizendo que todas as ciências são naturais ou físicas e, como tais, devem ser estudadas com o rigor e a precisão dos métodos matemáticos. Aqui o Direito é inserido na Sociologia social, considerado como fenômeno natural, semelhante aos fatos da natureza e conhecido como tal.

No estado positivo, o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e similitude. A explicação dos fatos, reduzida então a seus termos reais, resume-se de agora em diante na ligação estabelecida entre os diversos fenômenos particulares e alguns fatos gerais, cujo número o progresso da ciência tende cada vez mais a diminuir.²³¹

O mérito, segundo **Comte**, reside justamente em “*considerar proibidos necessariamente à razão humana todos esses sublimes mistérios.*”²³² Proclamava que para se observar o espírito é preciso de uma teoria. Defendia, por via de consequência, uma nova maneira de se educar, adequando-se às exigências de sua filosofia. Criticando a Filosofia Teleológica e a *Metafísica*, dizia que a sua filosofia positivista era capaz de desacreditá-las completamente. Entendia que para a explicação da natureza é indispensável considerar-se a marcha progressiva da humanidade. No decorrer da história da humanidade **Comte** acredita ter descoberto uma grande *Lei Fundamental* que permeia todo o pensamento humano e correlatamente as organizações sociais: a *Lei dos Três Estados*, a qual representaria os três principais estágios do pensamento humano, a saber: *teológico* (fenômenos atribuídos aos deuses, demônios, duendes e espíritos; imaginação e fantasia), *Metafísico* (os agentes sobrenaturais são substituídos por forças abstratas, pela filosofia) e *positivo* (reação contra as fases anteriores, o positivismo *comteano* nega *Metafísica* e a Teologia, buscando suas respostas no *empirismo*, ou seja, na experiência).

2 – Com efeito, na aplicação do método da filosofia positiva (experimental) às ciências sociais e, particularmente, à ciência do Direito²³³, diversas são as correntes positivistas que se edificaram, caracterizadas pela redução da atividade humana e social a uma simples realidade física ou natural (campo da realidade), passando a

²³¹ COMTE. August. *Curso de filosofia positiva...*, p. 10.

²³² COMTE. August. *Curso de filosofia positiva...*, p. 12.

²³³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito...*, p. 2-4.

considerar toda atividade humana ao mesmo determinismo rígido do mundo físico ou biológico. Defendia, assim, que “a única unidade indispensável é a unidade do método, que pode e deve evidentemente existir e já se encontra, na maior parte, estabelecida.”²³⁴ De sorte que toda a ciência poderia ser classificada por dois caminhos distintos: o *histórico* e o *dogmático*, sendo que “qualquer outro modo de exposição não será mais do que sua combinação.”²³⁵ Especificamente no Direito, dizia que o jurista não podia inventar leis, já que estas só podem ser descobertas, retirando da natureza as regras do Direito, por meio do método experimental, típico das ciências da natureza. A compleição positiva consistia em *ver para poder prever, estudando o que é, para então construir o que será*, ligando os fatos, “segundo o dogma geral da invariabilidade das leis naturais.”²³⁶ Assim é que procura conciliar *ordem e progresso* mediante o manejo de um método capaz de, a partir da experiência da humanidade, construir seu ideal científico. Este discurso foi acolhido, com vigor, por **Pontes de Miranda**, o qual trouxe a discussão para o jurídico, chegando a afirmar: “A ciência positiva do direito poderá grangear para nós os recursos suficientes para tratar objetivamente os fenômenos da vida social e utilizar a força jurídica como elemento de aperfeiçoamento social, de adaptação consciente ou de consciente correção dos defeitos de adaptação do homem à vida social.”²³⁷

§ 9º – Popper e Kuhn: falsificacionismo e paradigmas científicos

1 – **Popper** (1902-1994) constrói sua teoria *falsificacionista* sob o pálio da necessidade básica de *testes* e *observações* das teorias que forem propostas, explicitando que a ciência somente progride pela *tentativa* e pelo *erro*. Pretendendo responder a indagação de ‘Quando pode uma teoria ser classificada como científica?’ ou ‘Existe um critério para classificar uma teoria como científica?’²³⁸, refere-se, inicialmente, às teorias que explicam tudo e ao mesmo tempo não explicam nada, dado que qualquer resposta empírica seria explicável no contexto da indigitada teoria, levando, assim, justamente, ao seu descrédito. Formulou, em contrapartida, a assertiva de que para ser científica a teoria deve ser *falsificável*, ou

²³⁴ COMTE, August. *Curso de filosofia positiva...*, p. 26.

²³⁵ COMTE, August. *Curso de filosofia positiva...*, p. 33.

²³⁶ COMTE, August. *Curso de filosofia positiva...*, p. 56

²³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à política científica ou os fundamentos da ciência positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Garnier, 1924, p. 128.

²³⁸ POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Brasília: UnB, s.d., p. 63.

seja, quanto mais clara, geral e ampla for a teoria, mais *falsificável* será e, portanto, mais científica, porque proporcionará, em tese, sua verificabilidade empírica. Advertiu, também, que a ciência começa com *problemas* e aprende com os *erros*, afirmando ser possível se conseguir as confirmações/verificações das teorias no plano fático, mas desde que decorram de predições arriscadas em relação à própria teoria, a qual, por sua vez, deve conter proibições. A teoria deve ser *refutável*²³⁹, sob pena de não ser qualificada como científica, quebrando com a visão de que a teoria deve ser perfeita, já que “*todo teste genuíno de uma teoria é uma tentativa de refutá-la. A possibilidade de testar uma teoria implica igual possibilidade de demonstrar que é falsa.*”²⁴⁰ Anote-se que a possibilidade de falsificação empírica é um dos requisitos para que esta seja considerada científica, sem que se constitua na única condição, dado que precisam se adequar ao paradigma manejado. Embora existam graus de testabilidade das teorias – umas são mais refutáveis que outras –, todas devem possuir a possibilidade de *falseabilidade*²⁴¹. Além do que, a observação se mostra sempre seletiva por adotar uma teoria, isto é, um quadro de referências, restringindo o objeto, a tarefa, o ponto de vista e tendo um interesse especial, bem como um problema a ser analisado.

Apesar da crítica ao pensamento *positivista* – do qual é acusado – acredita que a pretensão de estabelecer regularidades e impor Leis à natureza leva ao pensamento dogmático ou ao menos ao comportamento dogmático, esperando impor as próprias expectativas, ainda que inadequadas²⁴², mas que constituem a matéria prima da atitude crítica: “*A ciência começa, portanto, com os mitos e a crítica*

²³⁹ POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações...*, p. 66: “É fácil obter confirmações ou verificações para quase toda teoria – desde que as procuremos. As confirmações só devem ser consideradas se resultarem de predições arriscadas; isto é, se, não esclarecidos pela teoria em questão, esperarmos um acontecimento incompatível com a teoria e que a teria refutado. Toda teoria científica ‘boa’ é uma proibição: ela proíbe certas coisas de acontecer. Quanto mais uma teoria proíbe, melhor ela é. A teoria que não for refutada por qualquer acontecimento concebível não é científica. A irrefutabilidade não é uma virtude, como freqüentemente se pensa, mas um vício.”

²⁴⁰ POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações...*, p. 66

²⁴¹ POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações...*, p. 66: “A evidência confirmadora não deve ser considerada se não resultar de um teste genuíno da teoria: o teste pode-se apresentar como uma tentativa séria porém malograda de refutar a teoria. (Refiro-me a casos como o da ‘evidência corroborativa’). Algumas teorias genuinamente ‘testáveis’, quando se revelam falsas, continuam a ser sustentadas por admiradores, que introduzem, por exemplo, alguma suposição auxiliar *ad hoc*, ou reinterpretam a teoria *ad hoc* de tal maneira que ela escapa à refutação. Tal procedimento é sempre possível, mas salva a teoria da refutação apenas ao preço de destruir (ou pelo menos aviltar) seu padrão científico.”

²⁴² POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações...*, p. 78: “Nossa inclinação para procurar regularidades e para impor leis à natureza leva ao fenômeno psicológico do pensamento dogmático ou, de modo geral, do comportamento dogmático: esperamos encontrar regularidades em toda parte e tentamos descobri-las mesmo onde elas não

*dos mitos: não se origina numa coleção de observações ou na invenção de experimentos, mas sim na discussão crítica dos mitos, das técnicas e práticas mágicas.*²⁴³ Assim é que todas as leis e teorias são tidas como *conjecturas hipotéticas*. Em assim sendo, a *indução* mesmo que baseada em um grande número de observações não passa de um mito, e as experiências em testes da teoria²⁴⁴. Especificamente sobre **Hume**, rejeita seu argumento dizendo que leva a um regresso ao infinito²⁴⁵. Então, a função da ciência na vida social é a de compreender as conseqüências das ações possíveis, traçando a melhor escolha a seguir.

2 – Na obra '*A lógica das ciências sociais*' aprofunda suas considerações, afirmando que se a ciência começa com problemas, estes decorrem da ignorância sobre algo, devido à detecção da ausência de ordem do suposto conhecimento. Em relação ao cientista, diz ser "*um erro admitir que a objetividade de uma ciência dependa da objetividade do cientista.*"²⁴⁶, como se pudesse se despir de toda sua vida, valores, crenças e idéias e permanecer, impávido, observando os fatos, desprovido de uma teoria precedente e referencial²⁴⁷. Propõe, assim, que o método da ciência é o de escolher os problemas interessantes e criticar permanentemente as tentativas – provisórias – de respostas, tudo em linguagem clara e simples, sem os hermetismos utilizados de regra. Reiterando sua proposta antes indicada, é categórico ao asseverar que a ciência progride por *conjecturas e refutações*, comparando os velhos problemas com os novos, os quais vão aprofundando os

existem: os eventos que resistem a essas tentativas são considerados como 'ruídos de fundo'; somos fiéis a nossas expectativas mesmo quando elas são inadequadas – e deveríamos reconhecer a derrota."

²⁴³ POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações...*, p. 80.

²⁴⁴ POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações...*, p. 83: "Poderia, portanto, sintetizar da seguinte forma algumas das minhas conclusões: A indução – isto é, a inferência baseada em grande número de observações – é um mito: não é um fato psicológico, um fato da vida corrente ou um procedimento científico. O método real da ciência emprega conjecturas e salta para conclusões genéricas, às vezes depois de uma única observação (conforme o demonstram Hume e Born). A observação e a experimentação repetidas funcionam na ciência como testes de nossas conjecturas ou hipóteses – isto é, como tentativas de refutação. A crença errônea na indução é fortalecida pela necessidade de termos um critério de demarcação que – conforme aceito tradicionalmente, e equivocadamente – só o método indutivo poderia fornecer. A concepção de tal método indutivo, como critério de verificabilidade, implica uma demarcação defeituosa. Se afirmarmos que a indução nos leva a teorias prováveis (e não certas) nada do que precede se altera fundamentalmente."

²⁴⁵ POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações...*, p. 75.

²⁴⁶ POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: UnB, 1978, p. 22.

²⁴⁷ POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais...*, p. 25: "A pureza da ciência pura é um ideal presumidamente inalcançável; mas é um ideal para o qual estamos lutando constantemente – e devemos lutar – por intermédio da crítica. Daí que 'o cientista objetivo' ou 'isento de valores' é, dificilmente, o cientista ideal. Sem paixão não se consegue nada – certamente não em ciência pura. A frase 'a paixão pela verdade' não é uma mera metáfora."

questionamentos, evoluindo, contudo, em face da teoria antecedente, da qual não pode descurar, mas sim derrotar²⁴⁸, num ato de *audácia intelectual*²⁴⁹.

3 – Partindo da história do conhecimento das ciências naturais e sociais, **Kuhn** (1922-1996)²⁵⁰, de seu turno, sustenta que se não pode afirmar ser o conhecimento das ciências naturais mais firme do que o das sociais. A contribuição está, pois, vinculada à fixação sociológica do conhecimento, mediante o estabelecimento do conceito de *paradigma*. Criticando a visão estática das evoluções científicas esboçadas nos manuais²⁵¹, não descarta a coexistência de dois paradigmas “*pacificamente nos períodos pós-paradigmáticos*”²⁵². Em face das influências da nova historiografia busca clarear a imagem da nova ciência, discutindo, entretanto, as escolas científicas, aduzindo que o diferencial das escolas não foi o fracasso do método, eis que eram científicas, “*mas aquilo que chamaremos a incomensurabilidade de suas maneiras de ver o mundo e nele praticar a ciência.*”²⁵³ Esclarece que o *paradigma* hegemônico evita arbitrariamente as novidades que com o tempo são inevitavelmente acolhidas e geram, assim, a mudança das práticas que informavam o paradigma anterior.

4 – Com efeito, os *paradigmas* envolvem lei, teoria, aplicação e instrumentalização, sendo necessário ao estudante o prévio conhecimento de seus elementos, sem o que estará desabilitado para o exercício de qualquer prática científica compartilhada com os demais membros da comunidade científica hegemônica. Defende, ainda, a transição sucessiva dos *paradigmas* a partir do que denomina de *revoluções* que, por sua vez, partem da análise das *charadas*

²⁴⁸ POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais...*, p. 67: “Em primeiro lugar, para que uma nova teoria constitua uma descoberta ou um passo avante, ela deve conflitar com a sua predecessora; isto é, deverá conduzir a pelo menos alguns resultados conflitantes. Porém isto significa, sob um ponto de vista lógico, que ela deva contradizer sua predecessora; ela deve derrotá-la.”

²⁴⁹ POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais...*, p. 91.

²⁵⁰ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas...*,

²⁵¹ A invisibilidade das revoluções decorre da tez autoritária do conhecimento científico, em que impera o manual, o artigo científico e as obras filosóficas; e as revoluções são imbricadas de forma estanque e segmentada, como se fossem um processo contínuo e compassado.

²⁵² KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas...*, p. 15.

²⁵³ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas...*, p. 23.

irrespondidas do próprio *paradigma* ou de novas indagações a este²⁵⁴. Esse trabalho é contínuo e suplantar significa deixar de fazer a ciência especificada²⁵⁵.

Assim é que a ciência normal, vista como *quebra-cabeças*, pretende a resolução interna dos problemas surgidos, indicando uma nova maneira de solução da *charada*²⁵⁶, mantida a adesão conceitual, teórica, instrumental e metodológica do próprio *paradigma*. Reclama que não obstante a existência de certas ambigüidades e falta de soluções, os paradigmas podem ser reconhecidos em face de certa comunidade científica, sem que, necessariamente, tenham que implicar a completude. Orientam, entretanto, as pesquisas realizadas no seu interior e podem ter diversas percepções, sem embaraçar, contudo, o *paradigma*.

5 – Verificadas anomalias no *paradigma*, isto é, que a natureza suplantou as expectativas deste, busca-se ajustar o apurado no contexto do próprio *paradigma*, de forma acumulativa. A descoberta de um novo fenômeno é mais complexo do que transparece num simples olhar, constituindo-se em assertiva arbitrária, uma vez que decorrente da indigitada acumulação de conhecimentos – fenômeno complexo. Ao tomar conhecimento da anomalia há um movimento natural de resistência dentro do *paradigma* e, com a mudança deste, surge a modificação nos procedimentos e expectativas²⁵⁷. A constatação de problemas insolúveis no quebra-cabeças científico funciona como uma evidência do fracasso da ciência normal e da necessidade de suplantar as regras postas visando obter maiores resultados, mediante novos instrumentos. Disso resulta a constatação da função da crise *paradigmática* e “o fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras.”²⁵⁸

²⁵⁴ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas...*, p. 44: “A ciência normal consiste na atualização que se obtém ampliando-se a correlação entre esses fatos e as predições do paradigma e articulando-se ainda mais o próprio paradigma.”

²⁵⁵ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas...*, p. 55: “Estavam trabalhando tanto com fatos como com teorias e seus trabalhos produziram não apenas novas informações, mas um paradigma mais preciso, obtido com a eliminação das ambigüidades que haviam sido retidas na versão original que utilizavam. Em muitas ciências, a maior parte do trabalho normal é desse tipo. Essas três classes de problemas – determinação do fato significado, harmonização dos fatos com a teoria e articulação da teoria – esgotam, creio, a literatura da ciência moral, tanto teórica como empírica.”

²⁵⁶ Os problemas que transbordam os limites do paradigma são deixados *a latere*, considerando-se, estes, como objetos metafísicos ou objetos de outras disciplinas ou ciências

²⁵⁷ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas...*, p. 92: “Ao assegurar que o paradigma não será facilmente abandonado, a resistência garante que os cientistas não serão perturbados sem razão. Garante ainda que as anomalias que conduzem a uma mudança de paradigma afetarão profundamente os conhecimentos existentes.”

²⁵⁸ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas...*, p. 95.

Demais disto, as *crises* são necessárias à emergência de novos *paradigmas*, os quais são avaliados na conformidade das respostas ofertadas em face da natureza e mediados com o *paradigma* anterior. A resposta, quando formulada pelo novo *paradigma* significa uma ruptura com o velho, com as vetustas concepções. Adverte que na pesquisa extraordinária o recurso à Filosofia é recorrente, mesmo contra a vontade dos cientistas, eis que suas concepções mostram-se estereis à resolução das *charadas* emergentes²⁵⁹. As revoluções científicas são, desta forma, episódios de desenvolvimento não cumulativo, travados muitas vezes por *paradigmas incommensuráveis e incommunicáveis* por suas próprias premissas,

a tal ponto – e isto é significativo, embora seja apenas parte da questão – que quando duas escolas científicas discordam sobre o que é um problema e o que é uma solução, elas inevitavelmente travarão um diálogo de surdos ao debaterem os méritos relativos dos respectivos paradigmas. Nos argumentos parcialmente circulares que habitualmente resultam desses debates, cada paradigma revelar-se-á capaz de satisfazer mais ou menos os critérios que dita para si mesmo e incapaz de satisfazer alguns daqueles ditados por seu oponente.²⁶⁰

Os cientistas trabalhando sob um novo referencial e foco perceptivo acabam abandonando algumas práticas e vendo o velho com os olhos do novo, tendo, assim, condições de verificar questões até então despercebidas. Os *Manuais*, pois, são reescritos a cada revolução científica e incorrem, em regra, nos mesmos erros, ou seja, em considerar a história das ciências linear, formando os fundamentos da novel ciência normal. Ocorre, muitas vezes, que a revolução incorpora vários conceitos do velho *paradigma*, gerando confusões, principalmente aos leigos. Essa mudança pode demorar muitos anos e no início a concepção pode ter poucos adeptos, que com o decorrer do tempo, aprofundamento da crise e inconsistência do paradigma hegemônico, passam a aceitar as novas percepções, agregando seu poder. Há, como já dito, muita resistência em se abandonar o *paradigma*, até pelo aparente *tamponamento* da *falta* propiciada pela ilusão de segurança. Todavia, quando toda sua comunidade científica modifica a percepção, ou seja, o *paradigma*, e o sujeito mantém sua renitência, “*deixou ipso facto de ser um cientista*”²⁶¹.

²⁵⁹ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas...*, p. 123: “A proliferação de articulações concorrentes, a disposição de tentar qualquer coisa, a expressão de descontentamento explícito, o recurso à Filosofia e ao debate sobre os fundamentos, são sintomas de uma transição da pesquisa normal para a extraordinária.”

²⁶⁰ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas...*, p. 144.

²⁶¹ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas...*, p. 200.

Discutindo os critérios para aferição do progresso científico, diz que “*se pudermos aprender a substituir a evolução-a-partir-do-que-sabemos pela evolução-em-direção-ao-que-queremos-saber, diversos problemas aflitivos poderão desaparecer nesse processo.*”²⁶² Não fosse assim, o sol ainda giraria em torno da terra, como queria **Ptolomeu**.

§ 10 – **Bachelard e Feyerabend**: ‘obstáculos epistemológicos’ e ‘vale-tudo’

1 – Conquanto a obra de **Bachelard** (1884-1962)²⁶³ seja extensa, para os fins deste escrito merece destaque a sua consideração sobre a maneira pela qual se verifica o progresso da ciência, ou seja, os *obstáculos epistemológicos*, entendidos como as causas da paralisação e regresso do progresso científico²⁶⁴. Considerando que o conhecimento inicial nunca é pleno, diz que se pretende debruçar sobre os conhecimentos mal-estabelecidos. Adverte que quando inicia qualquer pesquisa o indivíduo está vinculado aos seus preconceitos, jamais iniciando do zero. Nesse pensar, é preciso se liberar das opiniões e saber formular problemas, já que todo conhecimento é uma resposta a uma pergunta: “*Se não há pergunta, não pode haver conhecimento científico. Nada é evidente. Nada é gratuito. Tudo é construído.*”²⁶⁵

Preocupa-se com a superação do instinto conservativo. Com as crises do conhecimento abre-se a possibilidade de melhor organizar o sistema de saber com fundamento no questionamento²⁶⁶. Aborda o estudo do conceito de *obstáculo epistemológico* em face do desenvolvimento histórico do pensamento científico e na prática da educação, afirmando, em ambos, não ser uma tarefa fácil. O foco deve se dar em função da razão e da construção do saber, podendo superar os fatos históricos, tendo-os, na verdade, como *obstáculos epistemológicos*²⁶⁷. Defende a ruptura ao invés da continuidade entre a observação e a experimentação. Na

²⁶² KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*..., p. 214.

²⁶³ BACHELARD, Gaston. *A Formação do espírito científico*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p.17-28.

²⁶⁴ BACHELARD, Gaston. *A Formação do espírito científico*..., p. 17.

²⁶⁵ BACHELARD, Gaston. *A Formação do espírito científico*..., p. 18.

²⁶⁶ BACHELARD, Gaston. *A Formação do espírito científico*..., p. 21: “Em resumo, o homem movido pelo espírito científico deseja saber, mas para, imediatamente, melhor questionar.”

²⁶⁷ BACHELARD, Gaston. *A Formação do espírito científico*..., p. 22: “O epistemólogo deve, portanto, fazer uma escolha nos documentos coligidos pelo historiador. Deve julgá-los da perspectiva da razão, e até da perspectiva da razão evoluída, porque é só com as luzes atuais que podemos julgar com plenitude os erros do passado espiritual.”

educação, inicia dizendo que não sabe como um professor de ciências possa não saber como um aluno não o entende. Propõe, então, que “*toda cultura científica deve começar, como será longamente explicado, por uma catarse intelectual e afetiva.*”²⁶⁸ Este o recorte destacado.

2 – Este vôo – panorâmico, é fato, mas que, para os fins pretendidos quiçá não precisa ser maior – também não poderia deixar de, mesmo que rapidamente, deslizar pela obra de **Feyerabend** (1924-1994) e seu *anarquismo epistemológico*²⁶⁹, por se constituir numa crítica em grande parte procedente. Censura, com efeito, a forma simplista e ingênua dos metodologistas, os quais desprezam as “*sempre cambiantes condições da história.*”²⁷⁰ As simplificações científicas, assim, numa análise mais aprofundada, demonstram que os fatos tomados como conhecimento já são reescritos²⁷¹. Entretanto, a história da ciência é perpassada em face de uma *lavagem cerebral*, nos quais os elementos complexos e caóticos são tratados de forma simplista e objetiva, mitigando, desta feita, qualquer interação da complexidade intrínseca da evolução científica²⁷². Aborda a questão do método científico eleito que acaba por rejeitar os demais resultados obtidos que não com base em seu próprio método e desconsiderando, portanto, a complexidade. Objeta dizendo que há duas razões para se rejeitar a preponderância absoluta de um método: a *primeira* é a de que o mundo é em grande parte desconhecido e a *segunda* é a de que a educação científica não pode ser conciliada com uma atitude humanista²⁷³. Passa a defender a atitude anarquista, na qual o anarquista-cientista pode se desenvolver livremente, sem as amarras dos *paradigmas*. Esclarece,

²⁶⁸ BACHELARD, Gaston. *A Formação do espírito científico...*, p. 24: “Resta, então, a tarefa mais difícil: colocar a cultura científica em estado de mobilização permanente, substituir o saber fechado e estático por um conhecimento aberto e dinâmico, dialetizar todas as variáveis experimentais, oferecer enfim à razão razões para evoluir.”

²⁶⁹ FEYRABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Odanny S. da Mota. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p. 44: Conceitua o anarquista como sendo “um agente secreto que participa do jogo da Razão para solapar a autoridade da Razão (verdade, honestidade, Justiça e assim por diante).”

²⁷⁰ FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 20.

²⁷¹ FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 20: “Mostra que a ciência não conhece fatos nus, pois os fatos de que tomamos conhecimento já são vistos sob certo ângulo, sendo, em consequência, essencialmente ideativos.”

²⁷² FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 21: Forja-se, assim, um conhecimento perfeitamente delimitado e o cientista tem “sua imaginação restringida e até sua linguagem deixa de ser própria. E isso penetra a natureza dos fatos científicos, que passam a ser vistos como independentes de opinião, de crença ou de formação cultura.”

²⁷³ FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 22: “É a de o mundo que desejamos explorar ser uma entidade em grande parte desconhecida. (...) A segunda razão está em que a educação científica, tal como acima descrita (e como levada a efeito em nossas escolas), não pode ser conciliada com uma atitude humanista.”

todavia, que o desapego a leis e ordem não gera, necessariamente, o caos suscitado pelos opositores.

Cotejando a pesquisa histórica rebate a necessidade da existência de métodos com princípios firmes, imutáveis e obrigatórios no caminho da verdade. Mostra, assim, o fracasso entre os métodos rígidos e a pesquisa histórica. O desconsiderar, o violar os métodos, é condição absolutamente necessária para o desenvolvimento do conhecimento. Discorre sobre a importância da propaganda e da coerção, utilizada, inclusive pelos *racionalistas*, dado que o apelo à razão às vezes sucumbe em face das manobras políticas. Diz, na seqüência, que os resultados dos avanços científicos serão lidos pelo indivíduo na conformidade da tradição a que esteja filiado e conclui que não pode existir um método estático, por desconsiderar a concepção de homem e sua circunstância social. Propõe, então, a assertiva: *tudo vale*:

É claro, portanto, que a idéia de um método estático ou de uma teoria estática de racionalidade funda-se em uma concepção demasiado ingênua do homem e de sua circunstância social. Os que tomam do rico material da história, sem a preocupação de empobrecê-lo para agradar a seus baixos instintos, a seu anseio de segurança intelectual (que se manifesta como desejo de clareza, precisão, objetividade, verdade), esses vêem claro que só há um princípio que pode ser defendido em todas as circunstâncias e em todos os estágio do desenvolvimento humano. É o princípio tudo vale.²⁷⁴

Defende a possibilidade de se proceder *contra-indutivamente*, ou seja, introduzir e elaborar hipóteses diversas das teorias firmadas, adotando uma posição pluralista, comparando as concepções²⁷⁵. O desiderato deixa de ser ‘o buscar a verdade ou louvar a Deus’, passando a ser o tornar ‘o argumento fraco em forte’. A descoberta da *verdade* única, esbarra no seguinte e intrasponível óbice: falta um referencial externo, *eis que vista sempre de dentro*²⁷⁶. Deixa evidente que seu

²⁷⁴ FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 34.

²⁷⁵ FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 41: “O conhecimento, concebido segundo essas linhas, não é uma série de teorias coerentes, a convergir para uma doutrina ideal; não é um gradual aproximar-se da verdade. É, antes, um oceano de alternativas mutuamente incompatíveis (e, talvez, até mesmo incomensuráveis), onde cada teoria singular, cada conto de fadas, cada mito que seja parte do todo força as demais partes a manterem a articulação maior, fazendo com que todas concorram, através desse processo de competição, para o desenvolvimento de nossa consciência.”

²⁷⁶ FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 43: “Não podemos descobrir o mundo a partir de dentro. Há necessidade de um padrão externo de crítica: precisamos de um conjunto de pressupostos alternativos ou – uma vez que esses pressupostos serão muito gerais, fazendo surgir, por assim dizer, todo um mundo alternativo – precisamos de um mundo imaginário para descobrir os traços do mundo real que supomos habitar (e que, talvez, em realidade não passe de outro mundo imaginário).”

objetivo é o do *pluralismo metodológico*, uma vez que não pretende substituir leis imutáveis por outras, mas sim demonstrar que todos os métodos têm limitações próprias.

2 – Sobre a incompatibilidade pontual das teorias e a necessidade de *refutação* e *superação* aduz que elas somente devem ser alteradas quando discordarem dos fatos. E, diante do contexto histórico, o “*êxito aparente não pode ser visto como sinal de verdade e de correspondência com a natureza.*”²⁷⁷ A convicção contrária tende a manter um *status quo* dos intelectuais, surgindo “*a impressão de se haver, finalmente, alcançado a verdade. Torna-se evidente, ao mesmo tempo, que se perdeu todo contato com o mundo e que a estabilidade atingida, a aparência de verdade absoluta, não passa do resultado de um conformismo absoluto.*”²⁷⁸ Assim, a invenção de alternativas precede a apresentação de fatos refutadores. Não se pode pretender a unanimidade, mas se deve fomentar a variedade de opiniões como o único método compatível com a concepção humana. O *método pluralista* cotejará as teorias e não as experiências, dados ou fatos. Retoma a discussão sobre a impossibilidade de se descartar o conhecimento histórico, asseverando que o ‘*vodu*’ está fundado em uma teoria firme, sem que suas bases tenham sido devidamente estudadas e eventual se debruçar sobre seus fundamentos talvez possa significar um avanço científico. Admite a dificuldade da difusão do pluralismo, eis que o *dólar* é o elemento mais forte em sentido contrário, guiando o que pode ser pesquisado e está nas mãos das instituições científicas de maior prestígio, sabidamente contrárias ao que ele defende. Somente com esse pluralismo se obteria uma concepção humanitária de ciência.

A colocação da razão *a latere*²⁷⁹ é elemento para superação científica, consoante demonstra a história²⁸⁰. A postura *anarquista* é a de perturbar os

²⁷⁷ FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 55.

²⁷⁸ FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 55-56.

²⁷⁹ FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 279: “Sem caos, não há conhecimento. Sem freqüente renúncia à razão, não há progresso. Idéias que hoje constituem a base da ciência só existem porque houve coisas como o preconceito, a vaidade, a paixão; porque essas coisas se opõem à razão; e porque foi permitido que tivessem trânsito. Temos, portanto, de concluir que, mesmo no campo da ciência, não se deve e não se pode permitir que a razão seja exclusiva, devendo ela, freqüentes vezes, ser posta de parte ou eliminada em prol de outras entidades. Não há uma só regra que seja válida em todas as circunstâncias, nem uma instância a que se possa apelar em todas as situações.”

²⁸⁰ FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 238: “Claro se torna que a adesão às novas idéias terá de ser conseguida por meios outros que não argumentos. Terá de ser conseguida por meios irracionais, como a propaganda, a emoção, as hipóteses *ad hoc* e os preconceitos de toda espécie. Tornam-se necessários esses meios

racionalistas, descobrindo argumentos fortes para fundamentar doutrinas desprovidas da razão comum. Defende a necessidade da existência de pessoas que sejam inovadoras e flexíveis, ao invés de rígidos imitadores dos padrões estabelecidos²⁸¹. Forja, portanto, a *incomensurabilidade*, sustentando que a ciência aproxima-se do *mito*, devendo ocorrer a separação entre o Estado e a Ciência²⁸². O principal, em síntese, é o que ‘*tudo vale*’, a *incomensurabilidade* e a aceitação de que a ciência não é necessariamente superior. *Inexiste método universal, todos são ferramentas a serem utilizadas de acordo com as necessidades*. E o central: deve haver respeito pelo indivíduo, ou seja, sua liberdade de escolha entre a ciência e outra verdade, começando-se com a educação (desde os primeiros bancos escolares), com a ruptura do *Estado* com a *Ciência*.

irracionalistas para dar apoio àquilo que não passa de fé cega, até que disponhamos das ciências auxiliares, de fatos, de argumentos que transformem a fé em conhecimento bem fundado.”

²⁸¹ FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 337: “Vimos que a crença em um conjunto de padrões que ao êxito sempre conduziu e ao êxito sempre conduzirá não passa de uma quimera. (...) A ciência é apenas um dos muitos instrumentos inventados pelo homem para fazer face à circunstância. Não é o único, não é infalível e tornou-se demasiado poderoso, dinâmico em demasia, excessivamente perigoso para ser abandonado a si mesmo.”

²⁸² FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 447.

Capítulo 3º – Kafka e Teoria Geral do Garantismo Jurídico

“Não ando do lado da lei. E a lei não foi idéia minha.” **Nei Lisboa**

§ 1º – Na balada do *absurdo* de **Kafka**

“A Lei não se apóia na Verdade, é necessária sem ser verdadeira, e toda Garantia da Lei tem o estatuto de um simulacro.” **Žižek**

1 – O Processo Penal é – para os atores jurídicos diretamente vinculados (juiz, promotor de justiça, advogados) e principalmente para os acusados e vítimas –, uma grande interrogação! Desde a teoria do *injusto* até as regras processuais, tudo está envolvido por uma grande névoa enigmática, sendo seu desvelar crítico, além do meramente descritivo, condição de possibilidade para o manejo democrático. Por isso esta discussão preliminar situa (espacial e historicamente) o Direito e as suas cercanias, a partir das mediações já apontadas.

Neste caminhar até a discussão da *epistemologia garantista e sua crítica*, é necessário imergir naquilo que se constitui no (dito) objeto do Processo Penal, pelo menos para a visão hegemônica. Para tanto, essa mediação dá dois passos subseqüentes. Primeiro aproximando-se do Direito a partir do *absurdo kafkaniano*. Ao depois, estabelece a teoria de validade das *regras do jogo* (processuais), tanto em face da Constituição como dos Direitos Humanos, as quais darão – em tese – a legitimidade da imposição de sanções, ciente, ainda, das limitações hermenêuticas (Cap. 5º) e da influência do *inconsciente* dos atores jurídicos (Caps. 1º e 8º).

2 – *“Alguém devia ter caluniado a Josef K., pois sem que ele tivesse feito qualquer mal foi detido certa manhã.”*²⁸³ Assim **Kafka** começa a narrar a história de um cidadão comum apanhado pelas teias da enigmática Justiça descrita pela obra. Uma Justiça fugidia, opaca, opressora, claustrofóbica, contraditória, burocrática, da qual passa a ser um objeto de investigação, *sem que saiba do que é acusado*²⁸⁴, *quem o acusou e como se dá seu processo*. Desde sua prisão, efetuada por

²⁸³ KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 37.

²⁸⁴ KAFKA, Franz. *O processo...*, p. 46: “Infiro-o de fato de ver-me acusado sem que seja possível encontrar que eu tenha cometido o menor delito pelo qual se justifique a acusação.”

funcionários que não sabem os motivos de seus atos²⁸⁵, e durante a instrução de seu processo, nada lhe é explicado²⁸⁶.

O *absurdo* processual narrado por **Kafka** transcorre mediante a intervenção de funcionários inferiores sempre cientes de suas obrigações e alienados da dimensão do processo, da estrutura, mas cumpridores das ordens expedidas pelo *Outro*, também desconhecido, *Ausente*²⁸⁷. Apesar de estar detido, pôde manter suas obrigações perante o *banco* que trabalhava e a detenção lhe faz adentrar num universo de medo, desconfianças e compulsão para descobrir o que estava acontecendo e também como provar a sua inocência: “*Não se alvoroce tanto com protestos de inocência porque isso causa má impressão.*”²⁸⁸. Passa por interrogatórios que lhe fogem à compreensão, dizendo no primeiro: “*O que eu pretendo é simplesmente tornar pública uma evidente situação de injustiça.*”²⁸⁹ Mas suas tentativas são vãs. Descobre os meandros dos rituais secretos²⁹⁰, das indumentárias²⁹¹, das influências de advogados²⁹², intervenientes, e até estranhos – principalmente do poder das mulheres sobre os juízes²⁹³ –, das pequenas

²⁸⁵ KAFKA, Franz. *O processo...*, p. 42: “Nós somos apenas empregados inferiores que pouco sabemos de documentos já que nossa missão neste assunto consiste somente em montar guarda junto a você durante dez horas diárias e cobrar o nosso soldo por isso. Aí está tudo que somos; contudo, compreendemos bem que as altas autoridades a cujo serviço estamos, antes de ordenar uma detenção, examinam muito cuidadosamente os motivos da prisão e investigam a conduta do detido. Não pode existir nenhum erro. A autoridade a cujo serviço estamos, e da qual unicamente conheço os graus inferiores, não indaga os delitos dos habitantes, senão que, como o determina a lei, é atraída pelo delito e então somos enviados, os guardas. Assim é a lei, como poderia haver algum erro? – Desconheço essa lei – Disse K. – Tanto pior para você – replicou o guarda.”

²⁸⁶ KAFKA, Franz. *O processo...*, p. 40: “K. vivia em um estado constitucional no qual reinava a paz, no qual todas as leis estavam em vigor, de modo que quem eram aqueles que se atreviam a invadir sua casa?”

²⁸⁷ KAFKA, Franz. *O processo...*, p. 47: “Estes senhores que vê aqui, e eu, desempenhamos um papel completamente acessório em seu assunto, do qual, para dizer a verdade, não sabemos quase nada. (...) O certo é que está detido. Isto é tudo quanto sei.”

²⁸⁸ KAFKA, Franz. *O processo...*, p. 47.

²⁸⁹ KAFKA, Franz. *O processo...*, p. 75.

²⁹⁰ KAFKA, Franz. *O processo...*, p. 145: “O inquérito não era público; ainda que a justiça alguma vez julgasse necessário fazê-lo público, a lei não prescrevia tal publicidade. De modo que os expedientes da justiça e, especialmente, o escrito de acusação, eram inacessíveis para o acusado e seu defensor, o que fazia com que não se soubesse em geral ou ao menos com precisão a quem se devia dirigir a primeira demanda. (...) porque no fundo a lei não admitia nenhuma defesa, mas tão-somente a tolerava.”

²⁹¹ KAFKA, Franz. *O processo...*, p. 100: “Outro mérito possui em sua elegante indumentária. Nós, quer dizer, todos os empregados, pensamos certa vez que era preciso que o encarregado de dar informações, que continuamente está em contato com as partes, e que além disso o primeiro ao qual estas acorrem, precisava vestir-se elegantemente para produzir no público uma primeira impressão de dignidade.”

²⁹² KAFKA, Franz. *O processo...*, p. 146: “O realmente importante, apesar de tudo, estava nas relações pessoais do advogado. Nelas estava todo o valor da defesa.”

²⁹³ KAFKA, Franz. *O processo...*, p. 238: “Se eu conseguisse fazer com que algumas mulheres que eu conheço se unissem para trabalhar pela minha causa, teria de conseguir êxito, especialmente tratando-se desta justiça que está constituída quase exclusivamente por mulherengos. Mostre-se à distância a um juiz de instrução uma mulher e saltará por cima da mesa e do acusado com a intenção de alcançá-la.”

corrupções, da vontade dos subalternos de agradarem os superiores com o fim de ascensão na carreira, convencendo-se, ao final, de que não vale a pena lutar: a condenação é inexorável. Presume-se condenado²⁹⁴, acede ao comando do *Outro*, mesmo sem saber os motivos, e aceita a execução da decisão:

Mas as mãos de um dos senhores seguraram a garganta de K. enquanto o outro lhe enterrava profundamente no coração a faca e depois a revolia ali duas vezes. Com os olhos vidrados conseguiu K. ainda ver como os senhores, mantendo-se muito próximos diante de seu rosto e apoiando-se face a face, observaram o desenlace. Disse: – Como um cachorro! – era como se a vergonha fosse sobrevivê-lo.²⁹⁵

3 – Esse processo *kafkaniano* não está longe do que aconteceu em passado recente e do que se dá no mundo da vida, sem meias palavras, daquilo que acontece nos Foros em geral, principalmente no júri²⁹⁶, dado que há um inescandível desconhecimento das regras do jogo, conquanto se mantenha a pose. Por força da (de)formação não se sabe nada da estrutura (**Žižek**), mas executam as regras com vontade, vontade de cumprir a missão que lhe fora confiada pelo *Outro*, deixou evidenciado **Legendre** (Cap. 1º). Sustenta **Žižek** que “*no cerne da máquina burocrática, existe apenas um vazio, o Nada: a ‘burocracia’ seria uma máquina louca que funciona sozinha.*”²⁹⁷

Tragtenberg afirma:

Essa obra de F. Kafka é a previsão das maiores farsas judiciais dos tempos modernos, como os Processos de Moscou e Budapeste. É o supremo protesto contra a volta aos aspectos mais negativos da Renascença, materializados no culto à ‘razão de Estado’, sob os regimes totalitários. Essa antevisão aparece no destino trágico e absurdo de José K., escravo e brinquedo de forças estranhas e invisíveis, tão impessoais como a burocracia que o condena. O personagem verdadeiro de *O Processo* é a culpa. Uma culpa surda e invisível ligada

²⁹⁴ TRAGTENBERG Maurício. *Franz Kafka – O Romancista do Absurdo*. Disponível em: http://www.espacoacademico.com.br/007/07trag_kafka.htm. Acesso em: 19 ago. 2003.: “Onde estava o juiz? Onde estava a Alta Corte que o condenou? Continuam sendo entidades abstratas e incomunicáveis com o humano, com José K. transformado em símbolo.”

²⁹⁵ KAFKA, Franz. *O processo...*, p. 254.

²⁹⁶ LINS E SILVA, Evandro. Discursos. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001, p. 14: “O ritual, a solenidade, as becas e togas, até mesmo cabeleiras empoladas, a tribuna, os jurados, o réu, a defesa e a acusação, a assistência, um crime, uma decisão. Não há dados, mas há sorteio. De um lado o lúdico, a álea. Do outro, o suspense, o suor, o talento, a dedicação, a arte, a pertinácia, a ciência, a estética cumprem o papel. A lógica e a adrenalina, o inesperado, o fatídico e o invisível. Cenas que se sucedem neste fantástico espetáculo onde não falta ‘frisson’ e se tem direito a ‘gran finale’”. Este é o mundo mágico do júri – forte, flutuante, fluido ‘kafkaniano’.”

²⁹⁷ ŽIŽEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem...*, p. 187.

organicamente ao *ser*, à *existência*.²⁹⁸

Com efeito, porque se não pode manejar o Processo Penal sem se estabelecer, antecedentemente, sobre o que se irá debruçar. Apesar de tal movimento absolutamente inarredável, normalmente, passa a *latere*. “O Tribunal é lawless, sem lei, no sentido lógico-formal: é como se a cadeia da conexão ‘normal’ das causas e efeitos fosse posta entre parênteses. Qualquer tentativa de estabelecer o modo de funcionamento do Tribunal por raciocínio lógico está fadada ao fracasso.”²⁹⁹ Não se dá conta, por exemplo, de que os *paradigmas penais* do tipo de *injusto* são diversos³⁰⁰ e, como tal, não podem ser utilizados sem um esclarecimento prévio, sob pena de se correr o risco – como, de fato ocorre – de se tomar um pelo outro com a finalidade última de condenar (Cap. 6º), de se impor uma sanção³⁰¹, lembrando-se, com **Kuhn** e **Feyerabend**, que os *paradigmas* são *incomensuráveis* (Cap. 2º). Dito de outra forma, as decisões no âmbito jurídico, para serem sérias, precisam explicitar os fundamentos: de onde se olham as condutas imputadas, afinal, as decisões deve(ria)m ser fundamentadas. O problema é que, como diz **Carcova**, há patente *opacidade* (Cap. 8º). Não se discute, em regra, a teoria de onde se olha. Coexistem *paradigmas penais* absolutamente incompatíveis, mas que são manejados retoricamente como se fossem. E o pior: a maioria não discute! E quem não o faz não é sério³⁰², definitivamente.

4 – Por este motivo, para resgatar a *razão* informadora do Processo Penal, cumpre estabelecer, de antemão, a percepção da *Constituição* e do *ordenamento*

²⁹⁸ TRAGTENBERG Maurício. *Franz Kafka – O Romancista do Absurdo*. http://www.espacoacademico.com.br/007/07trag_kafka.htm Consultado em 19.08.2003, às 15:10.

²⁹⁹ ŽIŽEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem...*, p. 190.

³⁰⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juares. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

³⁰¹ ŽIŽEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem...*, p. 190-191: “O erro fatal de K., portanto, foi dirigir-se ao Outro da Lei como uma entidade homogênea, receptiva a uma argumentação coerente, enquanto que a Lei só lhe pode retribuir e opor a sua atitude metódica um sorriso obscuro, mesclado de sinais de balbúrdia, em suma, K. espera atos do Tribunal (no sentido de peças legais), e o Tribunal lhe responde com o ato (a cópula pública).”

³⁰² CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 43-44. Para exemplificar, o processo Inquisitório (Cap. 4º e 8º) desenvolve-se no que **Cordero** denominou como “L’ambiente” próprio, no qual destaca, dentre outros, a figura de “Andrej Januarevič Vyšinskij nei processi moscoviti, há esordito insegnando diritto a Montpellier. Burocrati dalla fantasia corta, ancora più temibili nella versione fratesca in cui li coltivano i due Ordini mendicante: fungibili, ubbidiente, addestrati, psichicamente compatti, impegnati nell’apparato fino all’ultima molecola, diligentissimi, conducono un lavoro anonimo e diviso; disciplina, celibato, tecniche razionali, esprit de corps acuito da faide forsennate, sviluppano un effetto único nella storia sociale. Richiedevano questo tipo umano le macchine che studieremo: nate como una risposta difensiva, tendono a soluzioni radicali; l’ordine costituito è in pericolo sui due piani, ecclesiastico e laico. All’allarmante fenomeno ereticale corrispondono, nel cerco urbano-mercantile, diffuse inquietudini davante alla delinquenza brulicante dall’espansione economica.”

jurídico, isto é, de onde as normas jurídicas provém normativamente e seus requisitos de validade. É certo, também, que essa análise é provisória e no decorrer do trabalho ganhará novos influxos, sendo, de qualquer forma, condição de possibilidade para se iluminar, de alguma maneira, o *Processo Penal brasileiro kafkaniano*, entendido como aquele em que se opera sem se entender o que se faz, cumprindo-se regras por serem regras, sem qualquer controle de constitucionalidade e seguindo a maré do *impessoal*, na *inautenticidade* do ‘a gente’ de que fala **Heidegger** (Cap. 5º), manietados pelo *senso comum teórico dos juristas*.

§ 2º – Garantismo Jurídico e Estado Democrático de Direito

“Penso que, independentemente do nosso otimismo ou pessimismo, à crise do direito não existe outra resposta que o direito mesmo.” Ferrajoli

1 – Aplicar o Direito Processual Penal válido demanda um retorno à teoria do *ordenamento jurídico*, eis que a utilização de um dispositivo legal não pode mais se dar de maneira dedutiva e formal, exigindo o estabelecimento das regras válidas, ainda mais em face da vigência de normas decorrentes das Cartas Internacionais de Direito Humanos que são absolutamente aplicáveis no Brasil, não obstante seu desconhecimento e ineficácia nas práticas judiciais. Para, então, continuar a discussão desse impacto no Direito, mostra-se relevante esclarecer, preliminarmente, a construção do ordenamento jurídico tradicional, relido a partir do *garantismo jurídico* – **Ferrajoli**³⁰³ – e também pela concepção de *Constituição* daí decorrente, manejada com **Häberle** e **Canotilho**.

A discussão sobre a construção da *verdade* no Processo Penal brasileiro pressupõe o estabelecimento das bases do ‘Estado Democrático de Direito’, uma vez que o *Processo Penal será trabalhado como tarefa democrática inafastável*. Para tanto, enquanto Teoria Geral do Direito, será adotada a matriz *garantista* de **Ferrajoli**, fixando-se os elementos necessários para uma mediação (possível) entre

³⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid: Trotta, 2001; *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid: Trotta, 1999; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid: Trotta, 2001.

a *Teoria Geral do Garantismo Jurídico* e seus impactos no Direito Processual Penal, mormente no que tange à *validade* das normas processuais.

2 – Assim, apesar de o *garantismo jurídico* ter sua origem a partir de uma reflexão do *Direito Penal*³⁰⁴, precisou, para lhe dar consistência, do estabelecimento de uma sólida Teoria do Direito. E esse caminho, estabelecido por **Ferrajoli**, busca esteio em *quatro frentes*³⁰⁵. A *primeira* está vinculada à revisão da *teoria da validade*, a qual busca estabelecer uma diferenciação entre *validade/material* e *vigência/formal* das normas jurídicas. A *segunda* pretende o reconhecimento da *dimensão substancial da democracia*, superando a visão meramente formal. Na *terceira*, partindo do ponto de vista do Juiz, aponta uma nova maneira de ver a *sujeição à lei*, não mais exclusivamente por seu aspecto formal do emissor, senão por seu conteúdo normativo, o qual também deverá estar de acordo com o Texto Maior, tanto no que se refere aos *princípios* (explícitos ou implícitos) quanto em relação a *regras*, agregando, ademais, os *Direitos Humanos* aderidos pelo art. 5º, § 2º, da Constituição da República de 1988. Na última, a *ciência jurídica* é revisitada, não mais com a missão exclusivamente descritiva, mas acrescentando contornos críticos e de projeção ao futuro.

3 – Com efeito, a *Teoria Geral do Garantismo*, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à *dignidade da pessoa humana* e seus *Direitos Fundamentais*, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, aqui trabalhados dissociados de uma visão *essencialista*. Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantar a mera *democracia formal*, para alcançar a *democracia material*, na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Em outras palavras, tendo-se em vista a supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CR, art. 5º, § 2º), como a brasileira de 1988, e do *princípio da legalidade*, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os

³⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 29-680.

³⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, p. 20. Ressalto que não se deve confundir essa introdução com os três significados de “garantismo” indicados no capítulo 13 de FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 683-686.

indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam.

O *garantismo jurídico* baseia-se, desta feita, nos *direitos individuais* – vinculados à tradição *iluminista* – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante *neoliberal* que, na esfera Penal e do Processo Penal, apresenta perspectiva de *exclusão social e mitigação das garantias individuais*, tendo como reação a crítica contundente de movimentos sociais, dentre eles o do *Movimento Antiterror* (Caps. 6º e 8º).

4 – Esta limitação do Poder Estatal não se restringe ao Poder Executivo³⁰⁶, como pode transparecer num primeiro momento, mas vincula as demais funções estatais, principalmente o Poder Legislativo, que não possui (mais) um *cheque em branco*; o Poder Legislativo, na concepção *garantista*, também está limitado/balizado em seu conteúdo por fronteiras materiais, não podendo se afastar do contido materialmente na Constituição. E, os vínculos no *Estado Democrático de Direito*, de viés *garantista*, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria³⁰⁷, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecidível. Em outras palavras, nem mesmo por maioria se pode violar/negar os *Direitos Fundamentais* dos indivíduos.

§ 3º – Direitos Fundamentais: um *significante* necessário

1 – Assim é que, com a operacionalidade possível da *democracia substancial*, resta inserido no *Estado Democrático do Direito* a esfera do *decidível* e do *não-decidível*, por maioria ou mesmo unanimidade. De fato, por um lado não se pode legitimamente afrontar o constante nos direitos individuais, bem como, de outro, deve-se garantir na sua máxima extensão, sob pena de deslegitimação das

³⁰⁶ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Atividade jurisdicional sob o enfoque garantista*. Curitiba: Juruá, 2002; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001..

³⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, p. 23-4: “Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los

instituições estatais³⁰⁸. Estabelece-se, assim, *quem* pode e *como* se deve decidir; o *que* se deve e o *que* se não deve decidir³⁰⁹.

Nesta esfera do indecível se encontram justamente os *Direitos Fundamentais*, funcionando como verdadeiro marco divisório, impeditivo do avanço do Legislativo. O Poder Legislativo, assim, encontra limitações substanciais no tocante à matéria a ser objeto da legislação (processual penal). Consequência dessa supremacia constitucional é que se devem efetuar *juízos de validade* em face do ordenamento infraconstitucional (controle difuso e material de constitucionalidade), espraçando, desta maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do indecível.

A proposta de **Ferrajoli** no sentido de estabelecer um conceito formal de *Direitos Fundamentais* se encontra aprofundada e estruturada na obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales*³¹⁰. No início, reeditando o nascedouro da discussão, **Ferrajoli** esclarece a pretensão de definição teórica, formal e estruturante dos *Direitos Fundamentais* como *todos os direitos subjetivos que correspondam universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoa*³¹¹, de cidadãos ou pessoas com capacidade de trabalhar, deixa evidenciado que ‘direito subjetivo’ se constitui ‘em qualquer expectativa positiva ou negativa em face do Estado e por *status* o pressuposto de idoneidade para seu respectivo exercício’³¹².

O diferencial desta formulação é justamente o fato de que mesmo que não estejam declarados por normas jurídicas, são válidos como formulação teórica, não se constituindo, assim, em definição dogmática. O fato de a Constituição ou as leis internas os reconhecerem os faz vigentes naqueles ordenamentos mas, todavia, não repercutem em sua formulação referencial teórica. Acrescente-se que a definição formal vincula-se ao caráter *universal* de sua imputação, entendendo universal no sentido puramente lógico e a-valorativo da quantificação universal dos sujeitos que

derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.”

³⁰⁸ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 161.

³⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 688.

³¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, 2001.

³¹¹ Pessoa, cidadão e capacidade de obrar, no decorrer da história, serviram tanto para igualar quanto para discriminar classes, por isso a necessidade de fixar o *status* de pessoa, cujo direito subjetivo está vinculado.

³¹² FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, p. 19.

são titulares destes. De fato, são tutelados como universais – e portanto fundamentais –, a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, os direitos políticos, os direitos sociais e similares, bem como os direitos processuais penais, as regras do *devido processo legal*³¹³. Segundo **Ferrajoli**, são evidentes as vantagens de uma formulação como a proposta, porque prescindindo das circunstância de fato, ou seja, de estarem ou não reconhecidas por normas internas, a definição formal é válida para qualquer ordenamento, democrático ou totalitário. E esta formulação serve de parâmetro/critério para se aquilatar o grau de democracia substancial do ordenamento jurídico. É, assim, uma definição da *Teoria Geral do Direito*. Além disto, os *Direitos Fundamentais* possuem como característica a *inalienabilidade* e *indisponibilidade* dos interesses que tutelam. Não são, portanto, alienáveis e negociáveis, quer por setores privados e, com maior vigor para pretensão deste escrito, pelo Poder Público, via processo judicial.

2 – Estruturando seu pensamento, **Ferrajoli** indica quatro classes de direitos: a) *Direitos Humanos*, os quais são os direitos primários das pessoas e concernem indistintamente a todos os seres humanos; b) *Direitos públicos*, que são os direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos; c) *Direitos civis*, os quais são direitos secundários adstritos a todas as pessoas humanas capazes de trabalhar, tais como a liberdade de contratar, de negociar, de escolher e trocar de trabalho, vinculados à autonomia privada, na matriz capitalista de 'Mercado'; e d) *Direitos políticos*, os quais são direitos secundários reservados exclusivamente aos cidadãos, no qual se baseia a representação e a democracia política³¹⁴.

A partir desta matriz e aprofundando a proposta, **Ferrajoli** propõe quatro teses em relação aos *Direitos Fundamentais*. A primeira é a diferença de estrutura entre *direitos fundamentais* e *direitos patrimoniais*, dado que os primeiros são vinculados a todos ou a uma classe de sujeitos, sem exclusão dos demais, enquanto os direitos patrimoniais, pela sua formulação, excluem todos os demais que não são titulares. Por certo o acordo semântico de *Direito Subjetivo* tem sido utilizado pelo Direito para ocultar as características antagônicas que subjazem a esta classificação aparentemente homogênea, mas que esconde uma enorme heterogeneidade. Para comprovar tal assertiva, basta indicar: direitos inclusivos/exclusivos,

³¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, p. 19-20.

³¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, p. 22-23.

universais/singulares, indisponíveis/disponíveis³¹⁵. A segunda é a de que o respeito e implementação dos *Direitos Fundamentais* representam interesses e expectativas de todos e formam, assim, o parâmetro da igualdade jurídica, capaz de justificar a aferição da *democracia material*. Essa dimensão não é outra coisa senão o conjunto de garantias asseguradas pelo *Estado Democrático de Direito*. A terceira tese é a pretensão supranacional de grande parte dos *Direitos Fundamentais*, dado que com as declarações internacionais, além do direito interno, uma ordem externa impõe limites externos aos poderes públicos. A quarta se vincula a relação entre *direitos* e *garantias*. Os *Direitos Fundamentais* se constituem em expectativas negativas ou positivas, as quais correspondem obrigações de prestação ou proibição de lesão – garantias primárias. A reparação ou sancionamento judicial constituem em garantias secundárias, decorrentes da violação das garantias primárias. A inexistência de garantias para efetivação dos direitos, em suma, leva a uma lacuna que torna os direitos declarados inobservados³¹⁶.

3 – Este retorno à *Teoria Geral do Direito* se mostra absolutamente importante desde que acolhidas as quatro teses, eis que implica revisão da estrutura do Direito Positivo, com reflexos inafastáveis no Direito Penal e Processual Penal. Revisitada, portanto, a formulação dos *Direitos Fundamentais*, restam fixadas as diferenças marcantes, consistente a primeira na circunstância de que os *Direitos Fundamentais* são universais, enquanto os *Direitos Patrimoniais* são singulares, excludentes dos demais. Aqui existe um titular determinado; nos *Direitos Fundamentais* todos o são. Não se diferencia *Direitos Fundamentais* pela qualidade ou quantidade, como se procede nos *Direitos Patrimoniais*. Os *Direitos Fundamentais* são inclusivos e formam a base da igualdade jurídica, enquanto os *Direitos Patrimoniais* são exclusivos (se eu sou proprietário da casa, o outro não é). A segunda diferença é, talvez, a mais relevante. Os *Direitos Fundamentais* são indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos. Ao contrário, os *Direitos Patrimoniais* são disponíveis por sua natureza, negociáveis e alienáveis. Estes se acumulam e aqueles permanecem invariáveis. Os bens se adquirem, trocam-se e se vendem. As liberdades não se trocam nem se acumulam. O fato de serem indisponíveis impede que interesses

³¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, p. 25.

³¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, p. 24-26.

políticos e/ou econômicos violem os *Direitos Fundamentais*; não se pode vender ou trocar sua liberdade. O ser humano os possui como tal, sem que lhe seja acrescido. Resultado disso é que se não pode alienar a vida, a liberdade pessoal ou o direito ao voto, por exemplo, mesmo que se queira. Em um processo-crime, não é admitida a confissão desprovida de outros elementos, como era na Inquisição. É um limite insuperável. A terceira diferença, *consequência* da segunda, é que os *Direitos Patrimoniais* são disponíveis, podendo ser modificados, extintos, por atos jurídicos. Os *Direitos Fundamentais*, ao revés, são reconhecidos *ex vi legis*, por normas gerais, normalmente de *status* constitucional. Em suma, enquanto os *Direitos Fundamentais* são normas, os *Direitos Patrimoniais* são regulados por normas. A quarta diferença consiste em que os *Direitos Patrimoniais* são horizontais, os *Direitos Fundamentais* são verticais, em um duplo sentido. Enquanto umas são civilistas, privadas, decorrentes de relações intersubjetivas da esfera privada, as de *Direitos Fundamentais* são publicistas, do indivíduo para com o Estado. Ademais, há que se considerar que os *Direitos Patrimoniais* são disposições de não lesão entre os particulares; já no caso de *Direitos Fundamentais*, sua violação repercute na invalidade de leis e decisões estatais³¹⁷.

4 – Seguindo a proposta de **Ferrajoli**, há de se reconhecer o sentido e o papel dos *Direitos Fundamentais* na dimensão substancial da *democracia*, ao invés da meramente formal. Os *Direitos Fundamentais* se constituem, pois, como vínculos substanciais normativamente impostos, tidos como necessidades de todos, razão de ser do Estado. O que são *Direitos Fundamentais* somente pode ser respondido *a posteriori*, não obstante as características gerais, eis que somente assim está a salvo das deliberações da maioria ou do ‘Mercado’. Nenhum contrato pode dispor sobre a vida ou mesmo sobre as garantias processuais, como, por exemplo, nenhuma pessoa pode ser condenada sem provas ou por meio de provas ilícitas (Cap. 8º). Os *Direitos Fundamentais* formam a esfera do *indecidível*. O paradigma da democracia constitucional não é outro senão o da sujeição do Direito ao direito gerado por essa dissociação entre ‘vigência’ e ‘validade’, entre ‘mera legalidade’ e ‘estrita legalidade’, entre ‘forma’ e ‘substância’, entre ‘legitimação formal’ e ‘legitimação substancial’. Os *Direitos Fundamentais* funcionam como parâmetro de (des)legitimação dos Estados. Ademais, esses *Direitos Fundamentais* estão

³¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, p. 30-34.

garantidos por uma rigidez absoluta que impede que eventuais maiorias os modifiquem, naquilo que a Teoria Constitucional preconiza como cláusulas pétreas (CR/88, art. 60, § 4º, IV), como tais, invioláveis³¹⁸.

Neste pensar apresentam papel preponderante, tendo em vista seu caráter universal, ligados indissociavelmente aos sujeitos, principalmente do *devido processo legal*, sem possibilidade de exclusão de qualquer natureza pessoal, alienação ou mesmo prescrição, decorrendo daí a relevância do cumprimento das regras processuais (Cap. 7º). Por força do ‘Movimento Constitucionalista’ estão, em regra, acolhidos em Constituições rígidas, nas quais “*todos y cada uno son sus titulares*.”³¹⁹

Assim é que os *Direitos Fundamentais*, por um lado, indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e, de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos. Esses *Direitos Fundamentais*, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da *democracia material-constitucional*. Significam a extensão de liberdades e de direitos em sentidos opostos, mas direcionados, ambos, à realização das promessas constitucionais. Seriam válidos em qualquer filosofia política ou jurídica, vinculando os poderes pelo princípio hierárquico e da legalidade, espraiando efeitos para o futuro.

§ 4º – A Constituição e sua força vinculante e dirigente (**Canotilho**)

1 – Por estarem vinculados à *democracia material* e positivados ou acolhidos na *Constituição*, desde logo esta ganha relevância como documento *constituente* e *dirigente* (**Canotilho**) da sociedade³²⁰ (Cap. 6º). Necessária, ainda que

³¹⁸ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Atividade Jurisdicional sob o enfoque garantista...*, p. 132: “Ao judiciário, para bem da democracia, cabe a manutenção das fronteiras entre a área do possível a esta maioria e a área dos direitos fundamentais, impossível de ser atingida até mesmo pela própria maioria quando assim pretenda. Se assim for, os direitos da minoria, enquanto assim permanecer, poderão ser violados a todo o momento.”

³¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, p. 53.

³²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra Editora: Coimbra, 2001; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; RAMIDOFF, Mário Luiz. A Constituição ainda constitui? In: *Ciência e Opinião*, Curitiba, p. 115-126, 2003.

brevemente³²¹, a fixação de sua concepção e efeitos decorrentes da posição de topo na hierarquia das leis³²².

A *Teoria Garantista* representa ao mesmo tempo o resgate e a valorização da *Constituição* como documento *constituente* da sociedade. Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político-jurídico do Estado, aberto ao devir. A *Constituição* é uma disposição fundante da convivência e fonte da legitimidade estatal, não sendo vazio³²³, mas uma coalizão de vontades com conteúdo, materializados pelos *Direitos Fundamentais*. A história do constitucionalismo é a progressiva ampliação da esfera pública de direitos, de conquistas e rupturas. Em outras palavras, a *Constituição*, nesta concepção *garantista*, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar, inclusive no âmbito do Direito e do Processo Penal. Como primeira emanção normativa do Estado, aponta os limites e obrigações dele³²⁴, sem se perder de vista que é no processo de atribuição de sentido (concretização) que se realiza. É que ler a *Constituição* não sacia nem a fome, nem a sede, sendo necessário mais. E o futuro depende dessa decisão: concretizar a *Constituição*!

2 – De sorte que a *Constituição* da República é a norma maior, constituindo-se no fundamento de validade material e formal do sistema³²⁵. Advêm disto o fato de que todos os dispositivos e interpretações possíveis, inclusive o de transformar

³²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

³²² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 54: “A *Constituição*, como é corrente, é a lei suprema do Estado. (...) É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a *Constituição*.”

³²³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 95.

³²⁴ DOBROWOLSKI, Sílvia. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 106, p. 28-29, abr./jun. 1990.

³²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 224: “A *Constituição* passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico.”

substantivo em adjetivo – *exclusivamente* –, como acontece com o art. 144, § 4º, da CR, por exemplo³²⁶, devem perpassar pelo seu controle formal e material, não podendo ser infringida ou modificada ao talante dos governantes públicos, mesmo em nome da maioria – esfera do indecível –, dado que as Constituições rígidas, como a brasileira de 1988, devem sofrer processo específico para reforma, ciente, ainda, da existência de *cláusulas pétreas*. Na prática, a aplicação de qualquer norma jurídica precisa sofrer a preliminar *oxigenação constitucional*³²⁷ de viés *garantista*, para aferição da *constitucionalidade material e formal* da norma jurídica. É somente assim se dá a devida *força normativa à Constituição*³²⁸.

Com efeito, é dever primevo dos *atores jurídicos* a compreensão adequada da Constituição, concretizando-a na sua maior extensão possível, primordialmente no tocante aos *Direitos Fundamentais*³²⁹. Existe a necessidade orgânica de convergência das práticas jurídicas e sociais aos regramentos constitucionais relativos aos *Direitos Fundamentais*, estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneo de preservação e realização. Essa é uma das tarefas do *ator jurídico* garantista no *Estado Democrático de Direito*: tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais.

3 – A percepção da Constituição, todavia, merece ser trabalhada de forma democrática, adotando-se, para tanto, a concepção de **Häberle**, segundo o qual a “*Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade (Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz (Sie ist auch die Lichtquelle). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente.*”³³⁰

Assim é que o processo de *atribuição de sentido* das normas constitucionais não é privilégio do ‘*Monastério dos Sábios*’ (**Warat**), mas decorre da agregação de sentido (*significantes*) advinda do processo democrático de mediação, realizado no

³²⁶ VIEIRA, Luís Guilherme. O Ministério Público e a Investigação Criminal...

³²⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *O que é garantismo jurídico*. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 38.

³²⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 25.

³²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 956: “A parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição.”

³³⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 34.

seio da sociedade, intersubjetivamente, com respeito pelas opiniões de todos os membros, e no processo de todos os concernidos (Caps. 5º e 7º). Estes podem e devem apresentar alternativas ao processo hermenêutico que deixa de ser algo enclausurado cientificamente para ganhar foro social, protraindo sua discussão aos atores envolvidos pelas práticas sociais, na busca da efetivação do modelo manifestado na Constituição³³¹, sem se vincular ao modelo Republicano da maioria³³².

Em sintonia com a proposta, **Cittadino** adverte que:

Importa esclarecer que a idéia de uma efetiva abertura constitucional, mediante a criação de um amplo círculo de intérpretes, não significa a defesa de um extenso subjetivismo interpretativo. As normas escritas de uma Constituição são sempre, e necessariamente, o ponto de partida de qualquer solução jurídica. A abertura constitucional busca apenas garantir a participação jurídico-política da comunidade, por intermédio de determinados institutos processuais, na efetivação do sistema de direitos constitucionais.³³³

Tal compreensão repercute no âmbito do Processo Penal, dado que a intersubjetividade processual, em contraditório³³⁴ – **Fazzalari** – (Cap. 7º), representará um avanço para sua democratização, retirando a carga profética e solipsista do *ato* de decidir – isto é, da postura do juiz perante o caso específico –, dando ênfase ao processo argumentativo, do qual o julgador deverá fazer parte e levar em consideração as pretensões de validade enunciadas pelas partes no *ato decisório*. Por certo – adianta-se – não se trata de uma decisão proferida pela maioria, mas de se levar a sério o dever de fundamentar e de democratizar o processo.

O importante, nesta altura, é deixar clara a possibilidade da conjugação de fontes hermenêuticas, abolindo o hermetismo da interpretação Constitucional efetuada pelos titulares da *fala autorizada*. Há, na feliz expressão de **Häberle**, a ampliação do conceito de “*participante do processo constitucional*.”³³⁵ Disso resulta

³³¹ HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional...*, p. 36-37.

³³² CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 49-68.

³³³ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: WERNNECK VIANNA, Luiz. *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 32.

³³⁴ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. v. 2, p. 202: “La definimos así: por lo menos dos personas que hablan delante de uno que las escucha y las regula: ambas niegan, afirman, aducen pruebas, elaboran los respectivos materiales, discuten; rigen reglas que tienden a establecer cuál es la hipótesis mejor.”

³³⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional...*, p. 41.

que “a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático.”³³⁶ Existe a ampliação do grupo de intérpretes vinculados à prática, diminuindo a separação entre os autorizados a interpretar. Com esse deslocamento democrático, os conteúdos e formas da Constituição, mediante apresentação de alternativas, pinta com fortes tintas a prometida democracia material, assumindo feições críticas, além de meramente descritivas. Em suma, no dizer de **Häberle**: “A teoria constitucional democrática aqui enunciada tem também uma peculiar responsabilidade para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.”³³⁷

Adotando-se esta *compreensão aberta da Constituição*, além da interpretação pode-se invocar justamente essa frente democrática para defender, com maior vigor, a aderência de normas internacionais de *Direitos Humanos*, cotejando-se o impacto no ordenamento jurídico interno, impulsionando, de qualquer sorte, a construção de uma *democracia material*, fulcrada nos *Direitos Fundamentais*³³⁸.

§ 5º – Direitos Humanos e Ordenamento Jurídico brasileiro

1 – Dito isto é possível adentrar na terceira tese de **Ferrajoli**. A internacionalização dos *Direitos Fundamentais* decorre da aprovação de cartas e tratados internacionais em face da Organização das Nações Unidas (ONU) ou dos demais organismos internacionais – especificamente no caso brasileiro, da Organização dos Estados Americanos (OEA) –, que se constituem em vínculos jurídicos aos quais os Estados estão subordinados no plano do Direito Internacional, não sendo meros direitos dos cidadãos, mas de todas as pessoas, sem qualquer distinção de nacionalidade, no qual todos e cada um são titulares³³⁹.

Os documentos de *Direitos Humanos* podem ser considerados como normas individuais, consensualmente reconhecidas como limites aos Estados, pela ordem internacional. São, neste pensar, *inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis*,

³³⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional*..., p. 23.

³³⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional*..., p. 55.

³³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*..., p. 44-45: “A partir de ellas será posible mostrar cómo la constitucionalización de los derechos fundamentales llevada a cabo por las constituciones rígidas ha producido en este siglo un profundo cambio de paradigma del derecho positivo en relación con el clásico del paleopositivismo jurídico.”

³³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*..., p. 40-44. Atualmente essa situação ganha contornos complexos diante da invocação de teorias diferenciadoras, como a de Marshall, que na leitura realizada autorizaria uma diferenciação entre cidadão e pessoas, justificando, assim, no plano jurídico-político, a segregação e a exclusão de direitos fundamentais, como se observa na Europa e EUA.

portanto *Direitos Fundamentais*. Além disto, possuem um caráter próprio de inclusão máxima, rejeitando, assim, restrições de titularidade e exercício, sem justificável interesse público. Parafraseando **Dworkin**³⁴⁰, deve-se *levar os Direitos Humanos a sério*, despedindo-se da visão meramente programática ou informadora de suas proposições³⁴¹, reconhecendo-se a sua eficácia cogente e absoluta, porque são válidos além das fronteiras territoriais e oponíveis inclusive em face do próprio Estado³⁴².

2 – Surge, porém, a discussão consistente na maneira pela qual há incorporação dos *Direitos Humanos* ao ordenamento jurídico brasileiro. Pressupõe, todavia, a compreensão da maneira pela qual o *Direito Internacional* e o *Direito Interno* se relacionam. Duas teorias buscam explicar esse necessário contato³⁴³: a *dualista*, que preconiza uma distinção entre o direito interno e o internacional que, apesar de distintos, são válidos e por constituírem sistemas diversos, não há conflito, por serem os internacionais apenas compromissos externos; e a *monista*, que, por seu turno, defende a unidade de sistema, divididos, ainda, entre os *monistas internacionalistas*, que sustentam o primado do direito internacional em face das normas internas, e os *monistas nacionalistas* que indicam a proeminência do direito nacional, em face da soberania dos Estados.

Com efeito, a primeira, denominada *dualismo*, preconiza a existência de dois ordenamentos paralelos e haveria necessidade de um ato legislativo formal, autorizador da internalização das normas jurídicas advindas de documentos internacionais. A ponte entre os ordenamentos – internacional e nacional – seria efetuada através da *recepção* por ato complexo (decreto legislativo + decreto de execução), constituindo seu fundamento de validade. Corolário desta concepção é que inexistente possibilidade lógica de entrechoque de normas, tendo em vista que são

³⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999, p. 276.

³⁴¹ WEISS, Carlos. *Direitos Humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.18.

³⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992, p. 19, escreve que ao lado da *judicial review* outra faceta do fenômeno da constitucionalidade moderna: “é a tentativa muito recente e desafiante de afirmar o caráter supranacional de um conjunto de leis e valores – uma Carta de Direitos Supranacional. Esta tentativa é exemplificada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.”

³⁴³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 103-117; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 53, p. 86-88, 2000.

de ordenamentos diversos. A segunda concepção é a *monista*, segundo a qual haveria um imbricamento entre as regras internacionais com as internas, válidas desde o momento em que o Estado celebra um Tratado Internacional, incorporando-o, desde logo, ao seu ordenamento, prescindindo da edição de ato legislativo superveniente.

No caso brasileiro, apesar do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, o *senso comum teórico* firmou entendimento, acolhido pelo Supremo Tribunal Federal³⁴⁴, no sentido do *status* de norma infraconstitucional dos tratados internacionais, mesmo de *Direitos Humanos*. A tese abrigada pelo Pretório Excelso foi do paralelismo dos ordenamentos, portanto, *dualista*, dando tratamento paritário entre as normas de Direito Internacional e as Leis Ordinárias, desde que inseridas no ordenamento por ato formal. O reconhecimento das normas de Direito internacional demandaria, desta forma, ato legislativo propiciador da ponte de entrada destas normas no ordenamento jurídico nacional. Sem ela, inexistente reconhecimento das normas internamente.

3 – Contudo, a concepção binária entre *monismo* e *dualismo*, atualmente, cede lugar à criação de uma *terceira* categoria, intermediária, consistente em um *dualismo mitigado*, justamente pela compreensão de que se deve tutelar os *Direitos Humanos* na sua máxima extensão. Isto porque, se a própria Constituição fixa no seu art. 4º, II, o princípio da *prevalência dos Direitos Humanos* nas relações internacionais do Estado brasileiro, não há como excluir esses mesmos direitos aos habitantes do território brasileiro. Dito de outra forma, ao celebrar um tratado de *Direitos Humanos* no âmbito internacional e em face da impossibilidade de *exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia*, não pode o Estado (so)negar o mesmo tratamento aos brasileiros.

Proveniente da experiência do controle de constitucionalidade do Tribunal Constitucional Alemão, o princípio da impossibilidade de “*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade (willkürlicher*

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480/DF. Relator Ministro Celso de Mello. In: *Informativo do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, n. 135, 7-11 de dezembro de 1998: “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.”

Begünstigungsausschluss)”³⁴⁵, suplanta a *antinomia de avaliação* defendida por **Bobbio**³⁴⁶, partindo para efetiva implementação do *princípio da isonomia*. É que o Estado brasileiro, independentemente do ato legislativo, na ordem internacional, obriga-se a defender e implementar os direitos declarados, inclusive com a possibilidade de responsabilização dos Estados recalcitrantes. Logo, inconcebível a diferenciação de tratamento aos habitantes do território nacional que ficariam na dependência da boa vontade do legislador pátrio. Destaque-se que o Estado brasileiro não pode vincular a observância internacional ao acolhimento das regras pelo Legislativo interno, por força da interpretação conjunta do disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º c/c art. 4º, II, todos da Constituição da República de 1988.

4 – Pode-se objetar que sob esta ótica o Poder Legislativo estaria alijado do processo de validação de normas jurídicas, em violação do sistema democrático, pelo qual a expedição de normas jurídicas estaria a cargo de tal Poder. Todavia, por ter o constituinte originário explicitado que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata*” (CR, art. 5º, § 1º) e que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outras decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” (CR, art. 5º, § 2º), bem assim a “*prevalência dos Direitos Humanos*” (CR, art. 4º, II), possível a defesa da desnecessidade de manifestação ulterior pelo legislador ordinário sobre a conveniência do acolhimento das normas internacionais, justamente pela prévia autorização de ‘aderência’ declarada pelo constituinte originário no tocante aos Direitos Humanos, particularmente. Pensar diferente é que seria absurdo.

Caso aceita a tese da exclusão, o Brasil defenderia internacionalmente direitos constantes nesses diplomas legais e negaria aplicabilidade interna, em flagrante vilipêndio ao *princípio de tratamento isonômico*. Tal situação não se concilia perante a concepção de *prevalência dos Direitos Humanos* e com as diretrizes constitucionais presentes na Carta de 1988, como normas indisponíveis dos indivíduos³⁴⁷.

³⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 214-216.

³⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico...*, p. 90.

³⁴⁷ DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162: “A prevalência dos direitos humanos, enquanto princípio norteador das relações exteriores do Brasil e fundamento colimado pelo

5 – Assim é que a interpretação do Supremo Tribunal Federal deixou de considerar a coexistência de origens diversas dos tratados internacionais, colocando, no mesmo patamar, normas relativas aos *Direitos Humanos* e normas comerciais, dentre outras. Evidentemente que normas de caráter comercial não podem diretamente ter *status* constitucional, nem se está defendendo esta hipótese³⁴⁸. A diferenciação que parece fundamental é a da existência de abertura Constitucional, específica para *aderência* de direitos e garantias inseridos internacionalmente pelas Declarações de Direitos (CR/88, art. 5º, § 2º). Em outras palavras, tendo em vista a concepção de *Constituição aberta*, o rol de direitos e garantias aceita a *aderência* ulterior daquelas disposições reconhecidas pela comunidade internacional e positivadas em Declarações da mesma natureza, dando eficácia imediata e de complementaridade, autorizando o seu exercício direto pelos indivíduos no território brasileiro, como quer **Cançado Trindade**:

A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais nele garantidos passam, consoante os artigos 5º, § 2º e 5º, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.³⁴⁹

Logo se percebe que os *Direitos Humanos* entram pela porta da frente, isto é, pela principal porta constitucional, apesar dos obstáculos suscitados pela ausência de (con)vivência e sintonia dos atores jurídicos com os *Direitos Humanos*

país para a regência da ordem internacional não implica tão-somente o engajamento no processo de edificação de sistemas de normas vinculados ao Direito internacional público. Impõe-se buscar a plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado, o que ressalta a importância do já mencionado § 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes ‘dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.’”

³⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997., p. 94: “Justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.” No mesmo sentido: MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 295.

³⁴⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria do Estado, 1997, p. 20-21.

internacionalmente declarados³⁵⁰. Uma vez que as normas são internalizadas, com *status* constitucional³⁵¹, deve necessariamente ocorrer a releitura do ordenamento infraconstitucional, obtendo-se a cada julgamento de *validade garantista* (formal e material), a manutenção da norma ou mesmo de parcela de sua validade.

6 – O processo de aferição de validade do ordenamento infraconstitucional, então, deixa de ser algo realizado somente em outubro de 1988 ou mesmo da promulgação das Emendas Constitucionais, passando a ter caráter plenamente dinâmico, advindo da expedição de diplomas de *Direitos Humanos* na ordem internacional. Importa perceber que desde a Constituição de 1988 o rol de normas de *Direitos Fundamentais* em decorrência do art. 5º, § 2º, engloba, também, os tratados antecedentes em que a República Federativa do Brasil era parte.

Por tais razões, as normas de *Direitos Humanos* sofrem aderência automática ao ordenamento jurídico interno, desde a celebração, independentemente de qualquer ato legislativo formal interno, tendo em vista a compreensão *aberta* da Constituição, explicitada pelo art. 5º, § 2º, da Carta Política de 1988. Conseqüência disto é que passam a ser *cláusulas pétreas*, nos moldes do art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República, limitando os abusos do Estado e dilargando o rol de direitos e garantias dos indivíduos³⁵². Essa compreensão insere-se na reconstrução da agenda dos *Direitos Humanos* no Brasil, no plano da ação, principalmente se considerada a quantidade de regras de Processo Penal advindas dos Tratados de Direitos Humanos³⁵³.

³⁵⁰ Para tanto basta perceber que raramente os currículos das Escolas de Direito estabelecem uma disciplina com tal objetivo. Existe certa perplexidade dos atores jurídicos com a inserção de argumentos fundamentados em Tratados justamente pela falta de formação ou mesmo notícia de sua validade, quanto mais aplicabilidade.

³⁵¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998.

³⁵² Essas regras de Direito Fundamental podem coincidir, complementar ou contrariar as próprias disposições constitucionais. Nas duas primeiras hipóteses não há maiores dificuldades, dado que o rol de direitos seria confirmado ou dilargado. Entretanto, quando a disposição contrariar o Direito interno, a solução se torna mais complexa. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 177: “O critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo titular do direito.”

³⁵³ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos...*; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

§ 6º – Direitos e Garantias: uma diferenciação indispensável

“Os direitos de cada um terminam onde as autoridades se sentem impunes.” **Millôr Fernandes**

1 – As críticas mais comuns aos *Direitos Humanos* são as de cunho realista, no sentido de que os *Direitos Humanos Internacionais* não seriam direitos por estarem desprovidos de garantias. Para se responder este questionamento, necessário adentrar na quarta tese antes enunciada: a relação entre *Direitos e Garantias*. Para **Ferrajoli**, caso sejam confundidos *Direitos* com *Garantias* restam desqualificadas, no plano jurídico, duas das mais relevantes conquistas do constitucionalismo contemporâneo, consistentes na internacionalização dos *Direitos Fundamentais* e a *constitucionalização* dos direitos sociais. Assim sendo, acabariam reduzidas, ambas, a meras declamações retóricas, isto é, vagos programas políticos juridicamente irrelevantes³⁵⁴.

Em sistemas *nomodinâmicos* de direito positivo, a existência de uma proposição jurídica, ou seja, uma obrigação, uma proibição, uma permissão ou uma expectativa depende de uma norma positiva que a preveja, que não é deduzida, mas induzida de um fato empírico, do ato de sua produção. Desta maneira, é bem possível que mesmo havendo um direito subjetivo que não exista, ainda quando devesse existir, uma norma que o garanta. Nesses sistemas são possíveis e mesmo inevitáveis tanto as lacunas como as antinomias, fundamentadas não no ‘*ser*’, mas no ‘*dever-ser*’³⁵⁵. É decorrência da estrutura *nomodinâmica* do direito moderno que se impõe distinguir *direitos* e *garantias* em face do princípio da legalidade como norma de reconhecimento das normas positivamente existentes. Tal fato obriga a reconhecer que os *direitos* existem se e somente se estão normativamente estabelecidos; assim como as *garantias* constituídas pelas obrigações e as proibições correspondentes existem se e somente se estiverem normativamente declaradas. Se não se quiser cair num paradoxo jusnaturalista ou realista, necessário se admitir que as normas somente existem enquanto produzidas pelo

³⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, p. 45-46.

³⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, p. 46-47.

Poder Legislativo, ordinário, constitucional ou internacional³⁵⁶. Ao Judiciário cumpre um papel fundamental na colmatação dessas lacunas, impondo a edição de garantias e tutelando sua eficácia, ao depois³⁵⁷.

2 – Logo, a percepção da diferença entre *direitos* e *garantias* é condição de possibilidade para compreensão da maneira pela qual o Constitucionalismo moderno e as declarações de *Direitos Humanos* geram impacto no modelo de Estado e nas suas práticas, eis que a confusão terminológica impede a efetivação dos *direitos* em face das *garantias* que lhe servem justamente de elemento *garantidor/implementador*. Sem mecanismos hábeis, como disse **Warat**³⁵⁸, os *Direitos Fundamentais* são como promessas de amor, aquelas que os amantes formulam quando sabem que não poderão cumpri-las. E para sonegá-las surgem discursos argumentativos de aplicabilidade de normas jurídicas absolutamente superados³⁵⁹ (Cap. 5º).

§ 7º – Princípio da Legalidade: primeira revisão

1 – Como consequência do desenvolvimento destas quatro teses resulta o *constitucionalismo* como elemento modificador do *Princípio da Legalidade Formal*, pelo qual uma norma é válida desde que expedida por quem possui competência legislativa, independente de conteúdo. Este postulado, a seu tempo, significou um rompimento entre Direito e Moral, entre Validade e Justiça, exigindo que a validade da norma ficasse jungida exclusivamente ao fundamento de validade formal (ao de poder competente). O constitucionalismo, na forma defendida por **Ferrajoli**, impõe uma segunda revolução, pela qual a norma somente será válida se estiver de acordo com o conteúdo da Constituição, denominada por *estrita legalidade ou legalidade substancial*³⁶⁰. Com essa mudança não se presume mais que a norma seja válida

³⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, p. 50.

³⁵⁷ COELHO, Edihermes Marques. *Direitos Humanos, Globalização de Mercados e o Garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003, p. 158: “Por decorrência, baseado na referida centralidade da condição humana de existência no mundo, o garantismo apresenta-se como referência jurídica adequada e necessária para o condicionamento valorativo da produção do conhecimento jurídico e para a interpretação e aplicação dos conteúdos jurídicos, por apresentar os mecanismos interpretativos adequados à proteção e à efetivação – ao menos no plano jurídico – dos direitos humanos.”

³⁵⁸ WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 13.

³⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982; CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 183; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 219.

³⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, p. 53.

somente porque decorreu do Poder Legislativo, demandando o cotejo de sua pertinência substancial. Redefine-se a vigência como elemento exclusivamente formal, necessário mas não suficiente para legitimidade da norma. Este balizamento se dá pela esfera do indecidível. Não se trata de reviver a discussão entre separação de Direito e Moral, senão o resgate da Constituição como elemento fundante, na qual restam fixados os limites do legislador derivado, demandando um novo papel da jurisdição e da ciência jurídica, ou seja, um papel de reinterpretação do Direito em face dos princípios indicados por aquela: um compromisso mais forte quanto maior a divergência³⁶¹.

Assim é que no *modelo garantista*, além do *princípio da legalidade formal*, agrega-se o fator conteúdo, rompendo-se com o mero procedimento. A dominação precisa suplantar a mera formalidade para chegar a uma *Democracia Substancial*, como afirma **Ferrajoli**:

La dimensión formal de la democracia política, que hace referencia al quién y al cómo de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las formas de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse democracia sustancial, puesto que se refiere al qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, sob pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla.³⁶²

Neste contexto, os *Direitos Fundamentais* desfilam com papel preponderante ao propiciar a mensuração da concretização da Constituição. Estabelecem o que pode ser deliberado pelo Poder Legislativo e o que deve ser garantido pelo Poder Judiciário mediante controle da constitucionalidade material das normas, sujeitando os indivíduos, no *Estado Democrático de Direito*, somente às leis válidas, impedindo, ademais, que eventuais maiorias violem direitos indissociáveis e construídos histórica e argumentativamente³⁶³. A eficácia se constitui como parâmetro de aferição do grau de democracia material da sociedade (em graus).

2 – Com efeito, os direitos – quer de liberdade, quer sociais – são elementos limitadores do Poder Estatal, e o grau de garantia desses direitos se constitui como

³⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales...*, p. 55.

³⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...* p. 23.

³⁶³ CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; *Direito Processual Constitucional...*

parâmetro de medição da legitimidade e qualidade de uma democracia. As garantias funcionam, então, como técnicas de tutela dos direitos, exercitáveis em face do Estado, na linha do que assevera **Cademartori**:

No léxico político, quando se fala em garantia, e em garantismo, pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico, e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e direitos sociais e coletivos. Quando se fala em garantismo, fala-se na defesa e suporte dessas liberdades e direitos. Uma ulterior restrição do significado do termo provém da tradição jurídica: as garantias das liberdades e direitos que surgem sob o rótulo de ‘garantismo’ são defesas e tutelas de carácter jurídico; são pois os instrumentos com os quais o direito assegura um certo número de liberdades e direitos, que são precisados, definidos ou instituídos pelo próprio direito.³⁶⁴

Decorrência direta da concretização da Constituição, **Ferrajoli** propõe a (re)leitura sobre os critérios de *validade*, *vigência* e *eficácia* das *normas jurídicas*, passando a expor uma tríade de atributos desta. Não se pode, entretanto, analisar a releitura proposta por **Ferrajoli** sem recordar a contribuição de **Kelsen** e sua ‘*Teoria Pura do Direito*’, segundo o qual as regras possuem validade desde que emitidas pelo órgão munido de competência formal para tanto, não diferenciando *validade* e *vigência*.

§ 8º – Norma Jurídica e seus atributos: **Kelsen**, **Hart**, **Dworkin** e **Habermas**

1 – O discurso jurídico é pululado pelo recurso transcendente, gnoseológico, cujo maior representante é **Kelsen**. A teoria do Direito proposta por **Kelsen** representou um verdadeiro divisor de águas na Filosofia do Direito em face da maneira pela qual ele propôs o olhar sobre o objeto Direito. Esse olhar tinha pressupostos filosóficos da *Escola Neokantiana*³⁶⁵, segundo a qual o importante era o método, bem assim fundamento *Neopositivista*: “A pureza metodológica recorda, por uma parte, a idéia (tomada das escolas neokantianas) de um conhecimento formal, categórico, a priori, e por isso puro e objetivo; e, por outra, supõe uma

³⁶⁴ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade...*, p. 85-87.

³⁶⁵ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 136-137: “Para Kant, a determinação racional da possibilidade e limite do conhecimento puro precede ao conhecimento do real. Da mesma forma, para Kelsen a necessidade de uma teoria pura, que delimite o objeto de conhecimento jurídico e estabeleça as condições e possibilidades do mesmo, precede logicamente o conhecimento das ciências jurídicas positivas. Por isso, a tarefa prioritária da teoria pura é estabelecer as categoria jurídicas distintivas e determinantes, em última instância, do campo temático específico das ciências jurídicas, as categorias

profissão de incontaminação ideológica, política e moral no estudo do direito.”³⁶⁶ É que somente com rigor metodológico que se pode fazer ciência. Tendo em vista o caráter meramente descritivo, **Kelsen** elegeu as *normas jurídicas* como seu objeto de estudo, construindo, assim, uma teoria formal, desvinculada, pois, do mundo da vida.

No contexto histórico em que surgiu a *Teoria Pura do Direito*, a proposta lançada por **Kelsen** significava o rompimento com o paradigma *jusnaturalista*. A pretensão era a abstração dos aspectos morais, sociológicos, religiosos, de Justiça, dentre outros, propondo a discussão meramente vinculada ao disposto nas normas jurídicas emanadas pelo Estado. Formou, destarte, o normativismo *kelseniano*, preocupado exclusivamente com a lei e as demais normas positivas, com o escopo de purificar a ciência jurídica³⁶⁷. De sorte que a *Teoria Pura do Direito* pretende analisar cientificamente o seu objeto, munida de pureza metódica, afastando da ciência jurídica qualquer elemento estranho, reduzindo-o a pura norma³⁶⁸. O processo de depuração propugnava uma dupla decantação, consistente na exclusão do mundo da vida e de aspectos valorativos, restringindo-se, pois, ao mundo lógico: norma jurídica. Sustenta **Warat**: “O princípio da pureza metódica de filiação kantista é o ponto metodológico vertebral de toda a obra de Kelsen, como condição necessária para a constituição da ciência jurídica estrita, que induz à eliminação do campo teórico do direito não só a metafísica, o jusnaturalismo e a noção de justiça absoluta, senão também de qualquer outro elemento extra-jurídico, político, social, econômico e cultural.”³⁶⁹ Por não ser seu objeto, pouco importa à ciência jurídica

constituintes da normatividade. Para este trabalho teórico apeláramos para o método transcendental kantista, que permitiria a Kelsen estabelecer a legalidade da ciência jurídica.”

³⁶⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 131-301; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. *Bobbio e a filosofia dos juristas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994, p. 51; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 5-38.

³⁶⁷ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia...*, p. 67.

³⁶⁸ KELSEN, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Mexico: Fontamara S/A, 1995, p. 8: “Y por último, apoyándose en la comparación de todos los fenómenos calificados como ‘derecho’, se puede investigar la esencia del derecho, su estructura típica, independientemente del contenido variante que ha tenido en las diferentes épocas y países. Esta es la tarea de una teoría general del derecho, es decir, de una teoría que no se limita a un determinado orden jurídico o a determinadas normas jurídicas. Esta teoría tiene que precisar el método específico y los conceptos fundamentales con los cuales es posible describir y concebir cualquier tipo de derecho.”

³⁶⁹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 140.

como as normas são produzidas ou como deveriam ser, eis que isto é objeto da *Política Jurídica*³⁷⁰, lugar ocupado, pois, pelo *Outro*:

Dois corolários importantes se depreendem da compreensão kantiana da lei: o indivíduo não pode se interrogar acerca da sua origem, assim como o povo não pode se insurgir contra ela. Ora, sem esse saber não há, em relação à legalidade imanente, outra coisa senão crença. O legislador soberano age como se o povo fosse autor das normas que regulamentam a sua existência. Eis aqui por onde transita o ato de fé em relação à lei do Estado: o direito é produzido sob o comando de uma inspiração superior. Assim, do povo ao legislador e desse ao Legislador infalível, distingue-se, na modernidade, a fonte da lei. A partir dessa constatação explicita-se a eficácia da própria racionalidade jurídica – um mito moderno por excelência –, na qual se encontram reunidos o efeito epistemológico de representação da verdade e o substrato axiológico de afirmação do bem que oferece, certamente, uma garantia para o indivíduo, mas que, não obstante esse fato, mantém, igualmente, a crença do sujeito subsumida a um conjunto articulado de postulados lógicos, cuja operacionalidade, no entanto, não pode dissimular completamente o solo mítico do qual se originou.³⁷¹

Com este desiderato a tarefa científica se restringia à descrição, sem qualquer necessidade de discussões valorativas por parte do jurista, fiel – sempre – ao seu objeto e desprovido de preocupações decorrentes, por exemplo, da Justiça, em decorrência da neutralidade pressuposta:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.³⁷²

2 – **Kelsen** diferenciou o mundo do *ser*, próprio das ciências naturais, do *dever-ser*, no qual o Direito estava situado. A premissa de seu pensamento era a de que não existe possibilidade lógica de deduzir o *dever-ser* do *ser*, ou seja, de descobrir as normas jurídicas dos fatos – natureza. Mediante esta dicotomia, o mundo da vida seria regido por leis da causalidade, enquanto o mundo do Direito

³⁷⁰ Assim é que a formulação do Direito ficava a cargo do legislador, seara em que o aspecto valorativo desfilava com vigor. Ao jurista era descabida essa valoração, mas tão-somente a interpretação a-valorativa das normas jurídicas, sem a pretensão de suplantar a tarefa do legislador e, desta forma, violar o dogma da separação de poderes. Conferir: MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³⁷¹ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 307-308.

³⁷² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 210.

traria as leis da imputação³⁷³. Com este instrumental, a norma jurídica habitaria o mundo do *dever-ser* e obedeceria à idéia de imputação, decorrente de um comando ou mandamento. Logo, a norma jurídica traria um juízo hipotético de determinada conduta que, uma vez verificada, redundaria na aplicação da correspondente sanção.

À formulação das regras de reconhecimento das normas jurídica segue-se a aplicação hierarquizada dessas. A estrutura do sistema estaria representada por uma pirâmide normativa, composta no vértice pela *Norma Fundamental*³⁷⁴, recurso lógico/pressuposto de validade de um sistema hierárquico, deduzindo-se, formalmente, a delegação da validade da norma superior³⁷⁵. A linhagem formal ascendente é o fundamental para o reconhecimento e conseqüente validade formal da norma jurídica.

De sorte que a primeira manifestação positiva da *Norma Fundamental* estaria materializada pela Constituição. O conteúdo da *Norma Fundamental* é meramente formal, sem, pois, vinculação valorativa ou material, não justificando o ordenamento por critérios outros que não o lógico³⁷⁶. A resolução do problema das fontes do Direito foi solvida mediante a implementação de uma perspectiva unificada, decorrente exclusivamente do Estado. Esse casamento entre Estado e Direito impede a introdução de qualquer ‘pluralismo jurídico’, condicionando a validade à emanção formal do Estado³⁷⁷.

3 – Apesar das críticas a que a *Teoria Pura do Direito* está sujeita, o importante é que a forma prepondera sobre o conteúdo e o ordenamento jurídico seria estruturado de modo lógico, com inferências formais, colmatadoras da validade

³⁷³ Kelsen, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?...*, p. 10-11.

³⁷⁴ BARROS, Fernanda Otoni de. *Do Direito ao Pai...*, p. 16: “Trata-se de um postulado fictício: ‘como se’, para além da máxima autoridade que a Constituição encarna, existisse uma autoridade imaginária que daria validade à Constituição por meio da norma fundamental que ordenará supostamente: Deverás obedecer à lei.”

³⁷⁵ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 357-358: “A *Grundnorm* kelseniana evoca, em síntese, uma hipótese, que exerce a função positiva de designação do poder e do direito instituídos, como também o encargo epistemológico de fundamentação transcendental da ordem jurídica da qual os juristas concluem a validade das normas; por isso, a despeito da pretensão do seu idealizador, ela continua a cumprir a função de designar o Outro – *único sujeito* –, o qual, para além de um sistema jurídico positivado, fundamenta os mandatos de um saber dogmático que pode ser traduzido em uma única frase: *o direito é obrigatório*.”

³⁷⁶ ŽIŽEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem...*, p. 64: “Em suma, não podemos remontar à origem da lei porque não devemos; essa proibição, que se conjuga com uma impossibilidade, não é outra coisa senão a inversão exata da célebre formulação kantiana do dever: ‘Podes porque deves’. (...) Podemos perceber que a argumentação kantiana se reduz, no fundo, à evocação de um certo círculo, não podemos no interior da lei, interrogar-nos sobre a sua origem.”

³⁷⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.

das normas jurídicas, emanadas, de qualquer sorte, do Estado. E esse movimento palmilhado por **Kelsen** tenciona explicar racionalmente, ou melhor, preencher o vazio da legitimidade primeva, colocando-se na *Norma Fundamental* a origem e legitimidade da legislação dela decorrente. Rompida a justificação *Metafísica*, necessário o estabelecimento de um fundamento jurídico, fixado, agora, sob o primado da razão. Essa indicação surge com vários nomes: *Estado de Direito*, *Norma Fundamental*, *Paz Social*, em tempos *neoliberais*, *mercado* (Cap. 6º), que vão preencher o vazio deixado na cadeia significativa. Preenchido o início possível, a cadeia de *significantes* justifica a validade das normas jurídicas.

4 – O movimento transcendente é reeditado por **Hart**³⁷⁸ e suas *regras de reconhecimento primárias e secundárias*, por **Dworkin**³⁷⁹ ao distinguir *regras, princípios e diretrizes* vinculados à Justiça política³⁸⁰. **Habermas**³⁸¹ com a pretensão de discutir a legitimidade pós-tradicional, na qual aponta dois momentos, o primeiro de *validade intersubjetiva, a posteriori*, e o segundo dos *procedimentos* tendentes a buscar a manifestação de vontade em igualdade de condições do agir comunicativo, estabelecedoras de regras imparciais reguladoras da ação no mundo da vida³⁸², esbarra, também, na impossibilidade de sua pretensão, a qual acaba por legitimar o manejo do poder, desde o lugar transcendente mantido cativo³⁸³ (Cap. 7º).

³⁷⁸ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Trad. A Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1973, p. 137-168.

³⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito...*, p. 21.

³⁸⁰ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 373: “Por isso, continua o autor, é lícito afirmar que, em uma comunidade de princípios, os cidadãos aspiram ser governados com justiça – compreendida a partir dos resultados adequados dos sistema político como a distribuição correta de bens, oportunidade e demais recursos; equidade – relacionada à estrutura que confere e reparte a influência sobre as decisões públicas da maneira correta; processos justos – que tratam da questão de procedimentos oportunos para aplicação de regras e regulamentos produzidos pelo sistema político; e supremacia legislativa – destinada a proteger o poder da maioria de fazer o direito que quer; convertidos, pelos cidadãos, em significados de ideais comuns.”

³⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

³⁸² LUDWIG, Celso. Razão Comunicativa e Direito em Habermas. In: *A Escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba: UFPR, 1997, p. 117: “O consenso, produzido a partir dos pressupostos da razão comunicativa implica em reciprocidade *universal* a ser reconhecida: todo participante é *livre e autônomo* para levantar as pretensões que julgar convenientes; apresentar as razões que justifiquem suas pretensões; livre para se posicionar frente às proposições levantadas por outros.”

³⁸³ PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei...*, p. 380-381: “Habermas reconduz, portanto, na via de uma ação comunicativa, a produção da lei aos sujeitos. Mas como pensar a autonomia do ser humano adstrita à manifestação de um consenso absolutamente transparente, possível de ser estabelecido pelos cidadãos a qualquer momento? Isso não seria pretender o impossível, ou seja, um discurso sem fissuras para um ser que sabe sobre o seu bem? Não houve, também, em todas as sociedades, um certo tipo de atividade comunicativa, e nem por isso a lei que as marcou foi concebida como produção do sujeito? Com efeito, argumenta Castoriadis, a transmissão intersubjetiva de valores e normas encontra-se tanto entre os atenienses do século V, os franceses e alemães do final do século XX quanto no meio dos fiéis comandantes de Hitler, dos fundamentalistas islâmicos e dos

§ 9º – Norma Jurídica e Garantismo: a revisão proposta por Ferrajoli

1 – Estabelecidas as premissas formais do paradigma *kelseniano*, torna-se possível compreender a (re)definição das categorias tradicionais das normas jurídicas proposta por **Ferrajoli**, nos seguintes termos: as normas são *vigentes* (ou de validade meramente formal) quando editadas na conformidade do processo legislativo, isto é, com o devido fundamento de vigência, aferido em face da norma superior, reservando ao termo *validade* o atributo da pertinência subjetiva material com as normas situadas no nível superior, transbordando a filiação meramente formal, típica do paradigma *kelseniano*. A *eficácia*, por sua vez, ficaria vinculada à observância. Portanto, estabelece a diferenciação entre três categorias imputáveis às normas: *vigência*, *validade* e *eficácia*³⁸⁴.

Com isso, pode-se estabelecer que uma norma é *vigente* quando decorrente de um processo legislativo previsto na Constituição da República³⁸⁵. Por outro lado, a norma somente é *válida* se, argumentada no contexto Constitucional, for compatível materialmente³⁸⁶, isto é, não afrontar qualquer garantia ou direito reconhecido. Sua aferição, todavia, não se dá no sistema da lógica binária (válido/inválido) como preconiza o *paleopositivismo*³⁸⁷, mas é flexível e variável, dependendo de diversos fatores, tais como fatos, tempo, prova e peculiaridades do

neonazistas. O que caracteriza a segunda classe desses exemplos não é uma deficiência da ação comunicativa dos seus adeptos, mas, antes de tudo, um elemento estrutural da própria subjetividade humana que dificulta, justamente, o questionamento das instituições sociais e a abertura dos homens para as razões do outro. Esse *pathos*, desconsiderado na proposta habermasiana de uma lei produzida por indivíduos que operam socialmente mediante ações comunicativas, torna a promessa da formação dialógica do consenso tão insustentável quanto as demais justificações transcendentais da legalidade instituída que Habermas, ao procurar suplantá-la, acaba apenas redefinindo.”

³⁸⁴ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade...*, p. 83: “Enquanto os juízos sobre a vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento de edição, os juízos sobre a validade – pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa – trazem uma acentuada carga axiológica. (...) No entanto, enquanto as condições formais constituem requisitos de fato em cuja ausência as normas não chegam juridicamente a existir, as condições substanciais de validade – e de forma especial as da validade constitucional – consistem no respeito de valores – tais como a igualdade, a liberdade e as garantias dos direitos dos cidadãos – cuja lesão produz uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de significados incompatíveis.”

³⁸⁵ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia: la aportación garantista de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999, p. 51: “Juicio de vigencia es aquel que va referido a la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario; y como tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad.”

³⁸⁶ MAIA, Alexandre da. *Ontologia Jurídica: o problema de sua fixação teórica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 96.

³⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, p. 21.

caso específico³⁸⁸ ou do melhor argumento. Conquanto possa parecer, ao primeiro olhar, que há vinculação da validade à *Justiça*, tal aparência é equivocada. A *Justiça* não é sinônimo de *validade*, por se tratar de uma crítica externa ao Direito³⁸⁹. O fundamental para tal percepção é que a *validade* está jungida ao conteúdo das normas Constitucionais, rompendo-se com o sistema lógico de validade/nulidade, ganhando, pois, contornos escalonáveis, aferidos sob o ponto de vista interno do Direito³⁹⁰.

Diante dessa nova conformação, pode o ator jurídico analisar a norma isoladamente e deixar de aplicar por não ser válida em face do caso específico, apesar de válida em outra situação jurídica. Significa a possibilidade da *resistência Constitucional* – **Streck**³⁹¹ –, autorizada pela legítima possibilidade de opinião material/constitucional sobre a própria norma jurídica.

2 – A incidência deste critério de *validade* garantista se dá no âmbito de um ordenamento jurídico em constante mutação, diante das necessidades advindas de uma *sociedade complexa*³⁹², acrescido, ainda, do contínuo aparecimento de normas jurídicas emanadas de organismos internacionais. Para o *paleopositivismo*, a existência de um ordenamento jurídico pressupõe a coerência lógica de seus pressupostos e o rigor da linguagem, ignorando, todavia, as deficiências de sua estrutura. A existência de um ordenamento jurídico é condição de possibilidade para discussão sobre o papel da *Constituição*, das *lacunas*, das *antinomias* e das formas de resolução, dentre outras circunstâncias e características. A concepção *paleopositivista* invocada encontra forte influência de **Kelsen**, na pena de **Bobbio**, segundo o qual “uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico.”³⁹³ Além de mediar as condutas, o ordenamento jurídico regula a maneira pela qual as normas serão

³⁸⁸ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia...*, p. 51: “Juicio de validez es aquel en virtud del cual se declara (si es positivo) que una determinada norma (cuya vigencia formal se há comprobado como verdadera) se adecua además en su contenido a las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento sean reglas o principios, valorativas o neutras, justas o injustas, eficaces o ineficaces.”

³⁸⁹ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia...*, p. 53.

³⁹⁰ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia...*, p. 54: “El juicio de validez se distingue del juicio de vigencia por no ser binario, sino gradual y por no ser de hecho sino de valor. Y se distingue del juicio de justicia por no ser externo, sino interno. No ser social, político o moral, sino jurídico.”

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 271.

³⁹² Conferir: WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador...*, p. 247-278; MORIN, Edgar. *Meus demônios*. Trad. Viscondes de Castilho. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p. 200-201.

³⁹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico...*, p. 22.

produzidas³⁹⁴. Dito de outra maneira, as normas de conduta produzidas pelo sistema encontram mecanismos próprios e decorrentes desse mesmo sistema, para alteração, modificação e extinção; o sistema é auto-regulável no tocante ao procedimento de produção das próprias normas.

Neste sentido, a *dogmática* no paradigma *paleopositivista* busca desenvolver um sistema *coerente, unitário e completo*³⁹⁵, capaz de dar conta da complexidade contemporânea, lançando mão, para tanto, principalmente de recursos hermenêuticos lógico-formais, capazes de conferir os atributos de uniformização, previsibilidade das decisões e, por via de consequência, da prometida segurança jurídica tributável ao modelo *liberal-individualista-normativista*³⁹⁶. Sem o *sistema jurídico*, esclarecidas quais as normas válidas naquele momento histórico, não há condições de se apurar eventual contradição lógica, demonstrando, pois, a necessidade de seu estudo crítico³⁹⁷. Esse sistema jurídico é visto sob o ângulo da teoria pela qual será analisada a realidade manifestada pelo Direito, buscando lhe dar racionalidade, agrupando e relacionando os objetos mediante regras próprias.

É importante deixar assentado desde logo que, apesar da manifestação da vontade histórica do Poder Legislativo, na sua vigência a norma jurídica recebe os influxos de diversos outros fatores componentes do cotidiano – antropológicos, sociológicos, axiológicos. Assim é que as normas não apresentam um sentido primitivo e absoluto, mas variam no tempo e espaço. Enfim, os sentidos migram, diria **Barthes**. Trata-se de um processo de atribuição de sentido que se protraí, sem fim, no qual estão ausentes as verdades eternas. Cumpre reiterar que as normas não possuem um significado unívoco, primevo, capaz de ser descoberto pelos métodos jurídicos de interpretação, mas decorre de um processo de atribuição de

³⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*..., p. 45.

³⁹⁵ SOUSA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 193: “Somente se pode admitir a referência à completude do ordenamento jurídico como uma figura de linguagem, mais propriamente, como uma metonímia, onde se toma a completude das normas sobre jurisdição como completude do ordenamento.”

³⁹⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*..., p. 123: “Naturalmente, cabe sobretudo aos interessados burgueses exigir um direito inequívoco, claro, livre do arbítrio administrativo irracional e de perturbações irracionais por parte de privilégios concretos: direito que, antes de mais nada, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contrato e que, em virtude de todas estas qualidades, funcione de modo calculável.” Não é por outro motivo o movimento conservador rumo à súmula vinculante, tão bem criticado por STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, Função e Poder, a ilegitimidade do efeito vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

³⁹⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 5-9.

sentido intersubjetivo, instaurado no âmbito de uma sociedade pluralista ideologicamente (Caps. 5º e 7º).

§ 10 – Norma Jurídica: Princípios e Regras

“O real não se situa entre os objetos do mundo, entendidos estes como objetos possíveis do desejo, mas como o impossível, como o que falta ao encontro marcado, e em cujo vazio toma lugar o significante.” Garcia-Roza

1 – Fixados os contornos do ordenamento jurídico do *paleopositivismo*, mediante a aplicação da concepção *garantista* de *validade* anteriormente estabelecida, pode-se falar numa *antinomia refinada*, desde que aceita a divisão das normas jurídicas em *princípios* e *regras*. Mas de onde irrompem os *princípios*?

Os *princípios* surgem da impossibilidade de dizer o todo³⁹⁸. **Miranda Coutinho** resgata a visão de *princípio* (do latim, *principium*) como sendo o início, origem, causa, gênese, entendido como *motivo conceitual* sobre o qual se funda, por *metonímia*, a cadeia de *significantes*³⁹⁹ na Teoria Geral do Direito e do Processo Penal, podendo estar positivado (na lei) ou não:

Por evidente, falar de motivo conceitual, na aparência, é não dizer nada, dada a ausência de um referencial semântico perceptível aos sentidos. Mas quem disse que se necessita, sempre, pelos significantes, dar conta dos significados? Ora, nessa impossibilidade é que se aninha a nossa humanidade, não raro despedaçada pela arrogância, sempre imaginária, de ser o homem o senhor absoluto do circundante; e sua razão o *summum* do seu ser. Ledo engano!; embora não seja, definitivamente, o caso de desistir-se de seguir lutando para tentar dar conta, o que, se não servisse para nada, serviria para justificar o motivo de seguir vivendo, o que não é pouco, diga-se *en passant*.⁴⁰⁰

Conquanto este momento primevo seja impossível, porque a *verdade* é muito – *no início era o Verbo* –, tal regresso se mostra absolutamente necessário, mesmo

³⁹⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre os fundamentos da ética: da filosofia à psicanálise. In: *Céfiso – Revista do Centro de Estudos Freudianos de Recife*, Recife, n. 14, p. 95, 1999: “Aquele suposição básica, aquele fundamento primeiro, aquele primeiro princípio não pode, todavia, ser ele próprio objeto de conhecimento racional, pois não pode ser demonstrado.”

³⁹⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, p.163-164, 1998.

⁴⁰⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro..., p. 164.

que seja um *mito*; *mito* necessário para o *mundo da vida*⁴⁰¹. Consoante afirma **Miranda Coutinho**: “Nesta parca dimensão, o mito pode ser tomado como a palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito.” E o *mito*, uma vez instalado, reproduz um efeito alienante por parte dos atores jurídicos, caso não se o desvele como tal, isto é, como uma não-realidade que sustenta a realidade. Por outras palavras, não é a *causa* do princípio que está ausente, mas sua explicação que se encontra permeada pela *falta*, pelo inexplicável onticamente, valendo a descrição de **Pessoa**: “O mito é o nada que é tudo.”⁴⁰²

2 – Aproximando-se (mais ainda) de **Lacan**, pode-se dizer que a *causalidade* dos *princípios* é da ordem do *Real*, eis que inexistem condições de enunciação de alguma relação de causalidade clássica (causa e efeito), mas o encontro com o impossível, com a *falta*: “Todos sabem que, para estruturar corretamente um saber, é preciso renunciar à questão das origens.”⁴⁰³ Logo, os *princípios* estão na beira do *Real* de **Lacan** – aquilo que não cessa de não se escrever –, sendo, assim, impossível de ser dito no todo, circunstância também apontada por **Saussure** com a arbitrariedade do signo (Cap. 5º). Na origem está um *mito*, dado que é impossível dizer, apontar, de fato, como tudo começou. Atribui-se um *princípio* para dar conta da largada de *significantes*. A essência da essência da linguagem é da ordem do impossível; não se tem acesso, definitivamente, salvo pela transcendência *Metafísica*.

3 – De outra banda, apesar de nenhum ator jurídico duvidar da preponderância da Constituição sobre leis de hierarquia inferior, sua ineficácia é

⁴⁰¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro..., p. 164-165: “De qualquer sorte, não se deve desconhecer que dizer motivo conceitual, aqui, é dizer mito, ou seja, no mínimo abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado mas que, agora, não há como desvendar, na estreiteza desta singela investigação. Não obstante, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido. (...) Daí o big-bang à física moderna; Deus à teologia; o pai primevo a Freud e à psicanálise; a Grundnorm a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos. O importante, sem embargo, é que, seja na ciência, seja na teoria, no *principium* está um mito; sempre! Só isso, por sinal, já seria suficiente para retirar, dos impertinentes legalistas, a muleta com a qual querem, em geral, sustentar, a qualquer preço, a segurança jurídica, só possível no imaginário, por elementar o lugar do logro, do engano, como disse Lacan; e aí está o direito. Para espaços mal-resolvidos nas pessoas – e veja-se que o individual está aqui e, portanto, todos –, o melhor continua sendo a terapia, que se há de preferir às investidas marotas que, usando por desculpa o jurídico, investem contra uma, algumas, dezenas, milhares, milhões de pessoas. Por outro lado – e para nós isso é fundamental –, depois do mito há que se pensar, necessariamente, no rito. Já se passa para outra dimensão, de vital importância, mormente quando em jogo estão questões referentes ao Direito Processual e, em especial, aquele Processual Penal.”

⁴⁰² PESSOA, Fernando. *Poesias*. Trad. Fernando Antonio Nogueira Pessoa. Porto Alegre: L&PM, 1996, p. 8.

⁴⁰³ LACAN, Jacques. *O seminário: o avesso da psicanálise...*, p. 16.

patente, dado que existe certo constrangimento em não se saber lidar com *princípios*, quando em choque com *regras*, confundidas corriqueiramente com *norma*⁴⁰⁴. A diferenciação entre *texto* e *norma* (**Cordero**⁴⁰⁵), na interpretação, é pressuposta e indispensável (Cap. 5º e 9º). De qualquer forma, é preciso despir-se da visão meramente programática ou informadora de suas proposições, reconhecendo-se a eficácia cogente e absoluta dos *princípios*.

Entretanto, a conceituação do que se constitui princípio constitucional é tarefa árdua⁴⁰⁶. Os atores jurídicos não estão acostumados a lidar com *princípios*, exigindo para o seu atuar o recurso imediato à *regra* jurídica. A incapacidade instrumental-prática dos *princípios*, portanto, fica prejudicada diante da formação positivista-legalista – leguleio – que informa o *senso comum teórico dos juristas*, com forte apropriação equivocada da racionalidade *Weberiana*, manifestada pelo *legalismo fetichista e rasteiro*. É urgente, contudo, dar-se efetividade aos princípios constitucionais, ciente de que entre *texto* e *norma*, existe uma atribuição de sentido, eticamente (**Dussel**) fundamentada (Cap. 9º).

4 – Antes, porém, é necessário resgatar a compreensão de que o sistema jurídico Constitucional brasileiro é *normativo aberto*, composto de *regras* e *princípios*, dado que possui um sistema *dinâmico* de normas e é *aberto* por ter uma estrutura dialógica, que no dizer de **Canotilho**⁴⁰⁷ consiste na possibilidade de adequação à realidade – concepções de validade e justiça –, bem assim por ser composto por normas, divididas entre *regras* e *princípios*.

Canotilho reconhece que a tarefa para distinção formal entre *regras* e *princípios* é penosa, indicando, todavia, critérios para tanto: a) *grau de abstração*: os princípios tendem a ser bem mais abstratos do que as regras; b) *grau de indeterminação*: aferível em face da aplicação ao caso concreto, “os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83: “Pouco resta para duvidar que se não pode confir lei e norma. Afinal, cada qual ocupa um lugar definido e preciso.”

⁴⁰⁵ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 17-18.

⁴⁰⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais...*, p. 95.

⁴⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 1.033.

⁴⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 1.034.

Esta concepção das normas jurídicas divididas em espécies encontra desenvolvimento na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* de **Alexy**⁴⁰⁹. Ciente da dificuldade interpretativa dos *Direitos Fundamentais*, diante da *vagueza* e *ambigüidade* de suas formulações, impeditivas de uma univocidade de sentido – impossível, ademais (Cap. 5º) –, **Alexy** procura fixar uma *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, com lastro nos positivamente válidos, inserida, portanto, no âmbito da dogmática jurídica. Do que aqui foi noticiado, importa, com maior vigor, para os limites deste escrito, a diferenciação que **Alexy** faz entre *regras* e *princípios*, cuja perfeita compreensão é basilar à aplicação dos *Direitos Fundamentais*⁴¹⁰. Esta distinção, ressalta **Alexy**, não é novidade⁴¹¹. São numerosos os critérios de distinção entre *regras* e *princípios*. Dentre esses, a da *generalidade* é o mais freqüentemente utilizado⁴¹², porquanto os *princípios* a possuem num grau maior⁴¹³. Assim, tanto as *regras* como os *princípios* apresentam juízos concretos do dever ser, manifestando, contudo, duas diferenças de caráter qualitativo: enquanto as *regras* são normas que somente podem ser cumpridas ou não⁴¹⁴, os *princípios*, de seu turno, materializam-se por normas que se cumprem na sua maior medida possível, como mandatos de otimização⁴¹⁵.

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Gazón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales...*, p. 81: “Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.”

⁴¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípio e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, n. I, p. 607-629, 2003.

⁴¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 1.123: “A distinção feita atrás entre regras e princípios é particularmente importante em sede de direitos fundamentais. Regras – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo)”. De outro lado: “Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fáctica ou jurídica.”

⁴¹³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales...*, p. 83: “Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.”

⁴¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales...*, p. 87: “Normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.”

⁴¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales...*, p. 86-87: “Ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.”

5 – Desde logo é necessário esclarecer que, no caso de colisão, ao contrário do que se dá genericamente com as *regras*, entre *princípios* não há invalidação de um ou mesmos dos dois, mas juízos de preponderância em face do caso analisado. Essa ponderação não pode ser absoluta. Deve partir do caso concreto, cotejando-se argumentativamente qual dos *princípios* em tensão possui, na espécie, o maior peso, consoante afirma **Alexy**⁴¹⁶, sem que, contudo, acolha-se, para fins desta pesquisa, a ponderação valorativa, mas argumentativa-deontológica. De fato, a ponderação dos *princípios* não se faz hierarquicamente para o futuro, mas decorre da análise feita no caso concreto. Em uma outra hipótese, em que haja colisão dos mesmos *princípios*, todavia, a decisão de peso pode se dar em sentido oposto, mantendo-se, contudo, os princípios no ordenamento jurídico. Não há, pois, tarifação estática entre os princípios.

No caso possível de colisão entre *regras* e *princípios*, os *princípios* que informam as regras devem ser avivados, fazendo-se, posteriormente, a ponderação dos respectivos pesos diante do caso concreto. A colisão, portanto, dará-se na freqüência dos *princípios*, mediante o processo de busca, no plano destes, do *pedigree* das *regras*, com a possibilidade plena de resolução da antinomia, consoante **Guerra**:

Enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia, a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra, que se entende ser a correta, as colisões entre princípios resulta apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique o desrespeito completo do outro. Já na hipótese de choque entre regra e princípio, é curial que esse deva prevalecer, embora aí, na verdade, ele prevalece, em determinada situação concreta, sobre o princípio em que a regra se baseia.⁴¹⁷

6 – Não obstante a crítica que se possa fazer a essa concepção elástica dos *princípios*, capaz de propiciar a pretendida impressão de coerência e unicidade do

⁴¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales...*, p. 92: “La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.”

⁴¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 45.

sistema jurídico – positivismo jurídico –, como demonstra **Magalhães**⁴¹⁸, sua funcionalidade retórica é patente, até porque é de onde se desliza na cadeia de *significantes* para se construir um sistema, dentre eles o jurídico, ciente que é, ademais, um *mito* consensualmente aceito. No caso dos *princípios* constitucionais, estes devem nortear a atividade estatal em todas as esferas, impedindo a prevalência de normas infraconstitucionais desprovidas de *pertinência material* com a principiologia constitucional, conjugando-se os instrumentos teórico-práticos disponibilizados por **Ferrajoli** e **Alexy**. Este embate, contudo, será feito no campo da linguagem argumentativa e da hermenêutica, com suas manhas e estratégias próprias (Caps. 5º e 7º).

7 – Com essa operacionalidade instrumental, o ordenamento jurídico pode ser revisitado, procedendo-se juízos de *validade* – na concepção *garantista* – sobre o conteúdo das regras infraconstitucionais, aferindo-se, assim, a sua constitucionalidade material, em face dos *princípios*, abandonando-se a percepção ultrapassada de que os *princípios* não possuem força cogente. Propicia, também, que a *validade* das *regras* seja escalonável, abandonando-se o sistema binário de validade/nulidade. Aproveita-se, desta forma, a divisão entre *regras* e *princípios*, admitindo-se, em ambas espécies, a possibilidade de tensões, resolvidas pelo juízo de preponderância discursivo, em face do caso sob análise, ciente de que entre *texto* e *norma* (**Cordero**), a hiância hermenêutica é preenchida por diversos condicionantes, sem que possa pretender a segurança jurídica ilusoriamente difundida pelo *senso comum teórico dos juristas* (Cap. 5º).

Logo, a discussão sobre a possibilidade da aplicação da validade escalonável pressupõe a aceitação de um ordenamento jurídico (*regras* e *princípios*), ciente de suas limitações e dos problemas estruturais daí decorrentes, avivados pela crítica efetuada, cabendo papel de destaque a leitura de viés garantista, – a seguir descrita (Cap. 4º) – baseada no critério material de **Dussel** (Cap. 8º).

⁴¹⁸ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do Direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação*. Curitiba: JM, 1996. p.270-271.

Capítulo 4º – Ferrajoli, Garantismo e Epistemologia

“Houve um roubo com arrombamento. Um homem que tinha um pé-de-cabra entre suas posses foi julgado culpado do crime. Depois que o veredicto foi pronunciado e que lhe perguntaram se tinha algo a dizer, implorou que fosse sentenciado por adultério ao mesmo tempo, já que carregava o ‘instrumento consigo’ também para isso.” Freud

§ 1 – O legado da Epistemologia da Modernidade

*“Em resumo, o que permanece são nossos desejos subjetivos.”
Feyerabend*

1 – Antes de se tocar no discurso jurídico, cumpre encadear as idéias que antecederam com o objetivo de adentrar na *Epistemologia Garantista*. Assim é que para o *indutivismo* o conhecimento científico é o devidamente provado. E o estabelecimento das teorias (ditas) científicas decorre da rigorosa obtenção de dados das experiências e observações, com os quais se pode fixar leis universais. Afasta preferências pessoais ou opiniões do cientista/jurista, o qual se posta diante do objeto de forma absolutamente *neutra*, afinal, a ciência é *objetiva*. Daí que o conhecimento científico, tendo sido provado cientificamente, é absolutamente confiável. A fonte da ciência é a *experiência*, a observação efetuada pelo cientista *neutro*. No encadeamento de afirmações universais acabam se formando ‘*paradigmas científicos*’ (**Kuhn**). Por esta percepção é possível generalizar uma lei com base em uma série de experimentos, tendo como norte as seguintes condições: a) o número de proposições deve ser grande; b) as observações devem ser repetidas sob uma ampla variedade de condições; e c) nenhuma proposição de observação deve conflitar com a lei universal derivada. O *indutivista* se preocupa em não tirar conclusões apressadas⁴¹⁹.

Explicar e prever, estas as pretensões da ciência *indutivista*, aplicando, para tanto, a lógica dedutiva em que as premissas são obtidas indutivamente, e

⁴¹⁹ CHALMERS, Alan F. *O que é ciência, afinal?* Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 26-27. O princípio da indução consiste em: “Se um grande número de *As* foi observado sob uma ampla variedade de condições, e se todos esses *As* observados possuíam sem exceção a propriedade *B*, então todos os *As* têm a propriedade *B*.”

colmatadas pela lógica⁴²⁰. Isto porque mediante a aplicação da lógica é possível prever que se as premissas são verdadeiras, a conclusão também o será. Entretanto, a garantia da correção das premissas não é possível de ser obtida pela lógica. Há uma arbitrariedade na colocação das premissas, derivadas por metonímia, na cadeia de significantes. Não obstante as premissas sejam corretas, a conclusão pode ser falsa, dada a consabida insuficiência da lógica⁴²¹.

2 – O princípio *indutivista* não se concilia, ademais, com a advertência de **Hume** anteriormente destacada (Cap. 2º), da impossibilidade de a experiência prever o futuro. Logo, não se pode usar a *indução* para a justificar, como num movimento *circular*, configurando, assim, o problema da *indução*. Acrescente-se, ainda, que não há como se fixar o *critério* para o estabelecimento do *grande número* de observações, o qual deve ser feito numa *ampla variedade* de circunstâncias. Mesmo com a substituição pela *probabilidade*, eis que se não pode estar plenamente seguro de que a observação de um fato justifica sua ocorrência em todos os demais como, por exemplo, o nascer do sol (**Hume**), o *problema da indução* remanesce: será justificado pelo próprio argumento, configurando *petição de princípio*. Não é mais *conhecimento verdadeiro*, mas o *conhecimento provavelmente verdadeiro*, consubstanciado no maior número possível de observações que autorizam, por dedução, as generalizações expostas em leis universais.

Nesta altura o *ceticismo* de **Hume** deve ser invocado no sentido de que se a *indução* não pode ser justificada por apelo à *lógica* ou à *experiência*, a ciência não pode ser justificada *racionalmente*. Assim é que a crença em leis ou teorias nada

⁴²⁰ CHALMERS, Alan F. *O que é ciência, afinal?...*, p. 34: “A objetividade da ciência indutivista deriva do fato de que tanto a observação como o raciocínio indutivo são eles mesmo objetivos. Proposições de observação podem ser averiguadas por qualquer observador pelo uso normal dos sentidos. Não é permitida a intrusão de nenhum elemento pessoal, subjetivo. A validade das proposições de observação, quando corretamente alcançada, não vai depender do gosto, da opinião, das esperanças ou expectativas do observador. O mesmo vale para o raciocínio indutivo por meio do qual o conhecimento científico é derivado a partir das proposições de observação. As induções satisfazem ou não as condições prescritas. Não é uma questão subjetiva de opinião.”

⁴²¹ CHALMERS, Alan F. *O que é ciência, afinal?...*, p. 37-38: “Um exemplo mais interessante embora um tanto medonho é uma elaboração da história que Bertrand Russel conta do peru indutivista. Esse peru descobriu que, em sua primeira manhã na fazenda de perus, ele fora alimentado às 9 da manhã. Contudo, sendo um bom indutivista, ele não tirou conclusões apressadas. Esperou até recolher um grande número de observações do fato de que era alimentado às 9 da manhã, e fez essas observações sob uma ampla variedade de circunstâncias, às quartas e quintas-feiras, em dias quentes e dias frios, em dias chuvosos e dias secos. A cada dia acrescentava uma outra proposição de observação à sua lista. Finalmente, sua consciência indutivista ficou satisfeita e ele levou a cabo uma inferência indutiva para concluir: ‘Eu sou alimentado sempre às 9 da manhã’. Mas, ai de mim,

mais é do que hábitos psicológicos adquiridos como resultado de repetições das observações relevantes, tendo razão **Feyerabend** (Cap. 2º) ao imputar sua ingenuidade e ânsia pela segurança perdida, completaria **Freud** (Cap. 1º).

Por outro lado, o *indutivista* acredita que pela observação cuidadosa e sem preconceitos é possível produzir uma base segura da qual pode ser obtida a provável verdade ou o conhecimento científico. Entretanto, a ‘visão’ que o ser humano possui, ou pelo menos tem acesso pelos sentidos, atinge apenas parcela da realidade, sofrendo, ainda, os influxos das particularidades pessoais do observador, ainda mais se reconhecido o *vazar do inconsciente* (Cap. 1º). Dois observadores vendo o mesmo fenômeno terão visões diversas, mesmo que em pequena medida, mas jamais terão a mesma/idêntica percepção, conforme assevera **Merleau-ponty**:

Vemos as coisas mesmas, o mundo é aquilo que vemos – fórmulas desse gênero exprimem uma fé comum ao homem natural e ao filósofo desde que abre os olhos, remetem para uma camada mais profunda de ‘opiniões’ mudas, implícitas da vida. Mas essa fé tem isso de estranho: se procurarmos articulá-la numa tese ou um enunciado, se perguntarmos o que é este *nós*, o que é este *ver* e o que é esta *coisa* ou este *mundo*, penetramos num labirinto de dificuldades e contradições.⁴²²

O que um vê, ou seja, sua experiência visual, depende das pré-noções e pré-concepções do ‘ser-aí’ (**Heidegger**) sobre a realidade, bem como das expectativas. Acreditar no contrário é levar muito a sério a analogia dos olhos ao da câmera. Os olhos funcionam como tal, mas não podem ser equiparados a ela de forma singela⁴²³. A complexidade da mente humana assim não autoriza⁴²⁴. Tal questão⁴²⁵ será retomada, com **Heidegger**, na mediação hermenêutica (Cap. 5º e 8º).

essa conclusão demonstrou ser falsa, de modo inequívoco, quando, na véspera do Natal, ao invés de ser alimentado, ele foi degolado. Uma inferência indutiva com premissas verdadeiras levava a uma conclusão falsa.”

⁴²² MERLEAU-PONTY, Maurice. *O visível e o invisível*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 15.

⁴²³ BARTHES, Roland. *A câmara clara: nota sobre a fotografia*. Trad. Julio Castanõn Guimarães. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984, p. 13: Diferentemente dos olhos humanos, “O que a Fotografia reproduz ao infinito só ocorreu uma vez; ela repete mecanicamente o que nunca mais poderá repetir-se existencialmente. Nela, o acontecimento jamais se sobrepassa para outra coisa: ela reduz sempre o *corpus* de que tenho necessidade ao corpo que vejo; ela é o Particular absoluto, a Contingência soberada, fosca e um tanto boba, o *Tal* (tal foto, e não a Foto), em suma a *Tique*, a Ocasão, o Encontro, o Real, em sua expressão infatigável.”

⁴²⁴ CHALMERS, Alan F. *O que é ciência, afinal?...*, p. 52: “Portanto, quando diversos observadores olham para um quadro, uma máquina, um slide de microscópio ou o que quer que seja, há um sentido no qual todos eles estão ‘diante de’, ‘olhando para’ e, assim, ‘vendo’, a mesma coisa. Mas não podemos concluir que eles tenham experiências perceptivas idênticas. Há um sentido muito importante no qual eles não vêem a mesma coisa e é sobre este último sentido que minha crítica da posição indutivista tem se baseado.”

⁴²⁵ MERLEAU-PONTY, Maurice. *O visível e o invisível...*, p. 18: “O que nos importa é precisamente saber o sentido do ser no mundo; a esse propósito nada devemos pressupor, nem a idéia ingênua do ser em si, nem a

Proposições de observação, então, são sempre feitas na linguagem de alguma teoria e serão tão precisas quanto a estrutura teórica ou conceitual que utilizam. As teorias necessitam ser claras e precisas como condição de possibilidade da observação. Logo, precedem a observação. Se a teoria precede a observação, então a ciência não pode começar pela observação.

Os *indutivistas* mais modernos aderiram a uma diferenciação salvadora, consistente na distinção entre *descoberta* e *justificação*, onde a *descoberta* não seria logicamente explicável e a *justificação* poderia se adequar aos cânones *indutivistas*. Mas novamente pode-se indagar até que ponto essa diferenciação é legítima e não é um mecanismo *ad hoc* para manter o *paradigma*.

3 – Já o *falsificacionista* acolhe que a observação é manejada em face da teoria que o informa, rejeitando, de outra face, a possibilidade de as teorias serem tomadas como verdadeiras diante da observação. É a partir das *conjecturas* e *refutações* (**Popper**) especulativas, em face do *paradigma* científico (**Kuhn**) e dos problemas encontrados, que se pretende readequar a teoria. Cabe lembrar que as teorias precisam, para serem consideradas científicas – além de *falsificáveis* –, resistir aos testes, sob pena de descarte. Nesse movimento de tentativa e erro, somente as teorias mais resistentes sobrevivem e, conquanto não se possa dizer que a teoria é verdadeira, pode-se considerá-la melhor do que a anterior por responder às indagações supervenientes. O *racionalista*, de fato, acredita em *verdades universais a-históricas*, bem como na facilidade de diferenciar o que é ou não científico, verificando quais sobrevivem aos testes.

Neste pensar, a pretensão do *falsificacionista* é explicar algum aspecto do mundo ou do universo manejando um conjunto de hipóteses tendente a descrever ou explicar o comportamento. A hipótese, para ser científica, deve ser *falsificável*, *contraditável*. Por exemplo: ‘*Ou está chovendo ou não está chovendo.*’ A afirmação é *infalsificável*. Isto porque se a comprovação se dá pela observação, necessário se mostra que exista alguma conduta a ser comprovada. Do contrário, trata-se de mera opinião valorativa e incontrolável, como por exemplo denunciárá **Ferrajoli** nos crimes baseados na moral.

idéia correlata de um ser de representação, de um ser para a consciência, de um ser para o homem: todas essas são noções que devemos repensar a respeito de nossa experiência do mundo, ao mesmo tempo que pensamos o ser do mundo. Cabe-nos reformular os argumentos céticos fora de todo preconceito ontológico, justamente para sabermos o que é o ser-mundo, o ser-coisa, o ser imaginário e o ser consciente.”

Resta evidenciada que é o contexto histórico que fixa a designação científica, levando à conclusão de que a aceitação do *paradigma científico*, portanto, somente se dá de forma aproximativa, já que todas as proposições são falíveis no tempo, ou seja, estão sujeitas a contra-argumentos futuros. Com esse esclarecimento, pode-se passar para a *Epistemologia Garantista*, sem prejuízo de retomar a crítica mais adiante (Cap. 8º).

§ 2º – Os Princípios do Sistema Garantista (SG)

1 – A *epistemologia garantista* proposta por **Ferrajoli** será primeiramente descrita, a fim de possibilitar, ao depois, um balanço crítico de suas implicações no contexto da maneira pela qual, no Brasil, o *senso comum teórico* constrói uma decisão penal, apontando-se as próprias críticas do modelo (Caps. 5º e 8º). Por básico, o manejo do poder no ‘Estado Democrático de Direito’ se deve dar de maneira controlada, evitando a arbitrariedade dos eventuais investidos no exercício do poder Estatal (Cap. 3º). Desta forma, para que as sanções possam se legitimar democraticamente precisam respeitar os Direitos ‘Fundamentais’, apoiando-se numa cultura igualitária e sujeita à verificação de suas motivações, porque na assertiva de **Binder**: “*El poder es sumamente intenso y, por lo tanto, debe ser cuidadosamente limitado. Si la sociedad ha tomado la decisión de dotar a algunos funcionarios (los jueces) del poder de encerrar a otros seres humanos en ‘jaulas’ (las cárceles) esse poder no puede quedar librado a la arbitrariedad y la falta de control.*”⁴²⁶

2 – Estruturando um sistema penal *ideal* garantista, **Ferrajoli** indica onze princípios necessários e sucessivos de legitimidade do sistema penal e, desta feita, da sanção. São eles: *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa*. A ausência de um deles torna a resposta estatal, lida a partir do Garantismo, ilegítima, constituindo, cada um (dos princípios), *condição da responsabilidade penal*. São, assim, *prescritivas* de regras processuais ideais ao modelo garantista sem que o seu preenchimento *in totum* obrigue uma sanção; mas o contrário, pois somente com o preenchimento (de to) das implicações

⁴²⁶ BINDER, Alberto M. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*. Campomanes: Buenos Aires, 2000, p. 70.

deônticas do modelo é que o sistema está autorizado a emitir um juízo condenatório⁴²⁷.

A classificação divide-se em: a) *garantias penais*: “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação” e “culpabilidade”; e b) *garantias processuais*: “jurisdição”, “acusação”, “prova” e “defesa”. Em sendo a “pena” excluída do rol de garantias, por ser apenas uma possibilidade ao cabo do processo, o modelo ideal *full* é composto por dez axiomas, vertidos em latim:

- A1 *Nulla poena sine crimine*
- A2 *Nullum crimen sine lege*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- A4 *Nulla necessitas sine injuria*
- A5 *Nulla injuria sine actione*
- A6 *Nulla actio sine culpa*
- A7 *Nulla culpa sine judicio*
- A8 *Nullum judicium sine accusatione*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione*
- A10 *Nulla probatio sine defensione*

3 – Na linha dos *princípios*, **Ferrajoli** assevera que estes axiomas podem ser também entendidos, respectivamente, como:

- 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) princípio da *legalidade*, no sentido *lato* ou no sentido *estrito*;
- 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal;
- 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento;
- 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação;
- 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal;

⁴²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 74: “Cada uma das implicações deônticas – ou princípios – de que se compõe todo modelo de direito penal enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Tenha-se em conta de que aqui não se trata de uma condição suficiente, na presença da qual esteja permitido ou obrigatório punir, mas sim de uma condição necessária, na ausência da qual não está permitido ou está proibido punir.”

- 7) princípio da *jurisdicionaridade*, também no sentido *lato* e no sentido *estricto*;
- 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação;
- 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação;
- 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade.

Decerto que estes *axiomas*⁴²⁸ podem ser articulados sistematicamente, propiciando, assim, a previsão teórica de diversos sistemas concretos e a respectiva desconformidade com o SG. Por este motivo, na linha da tradição *Iluminista* e *Liberal*, **Ferrajoli** constrói um sistema próprio, cujos contornos serão evidenciados, reiterando-se que a proposta divide-se em ‘garantias penais’ e ‘garantias processuais’, das quais as primeiras serão somente referidas na medida da necessidade, dado que a finalidade principal deste escrito é processual.

§ 3º – Direito Penal Mínimo versus Máximo

“O direito é, pois, uma maneira regulamentada de fazer a guerra.” Michael Foucault

1 – Contrapondo, pois, o ‘Direito Penal Mínimo’ com o ‘Direito Penal Máximo’⁴²⁹, os quais possuem como referencial ideal o SG, **Ferrajoli** resume a proposta da seguinte forma:

O modelo garantista descrito em SG apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro

⁴²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 88: “Aqui bastará precisar que por ‘pena’ se deve entender qualquer medida afliitiva imposta juridicamente por meio do processo penal; por ‘delito’, qualquer fenômeno legalmente previsto como pressuposto de uma pena; por ‘lei’, qualquer norma emanada do legislador; por ‘necessidade’, a função de tutela de bens fundamentais que justifica as proibições e as penas; por ‘ofensa’, a lesão de um ou de vários de tais bens; por ‘ação’, um comportamento humano exterior, material ou empiricamente manifestável, tanto comissivo quanto omissivo; por ‘culpabilidade’, o nexo de imputação de um delito a seu autor, consistente na consciência e vontade deste para com aquele; por ‘juridição’, o procedimento mediante o qual se verifica ou refuta a hipótese da comissão de um delito; por ‘acusação’, a formulação de tal hipótese por parte de um órgão separado dos julgadores; por ‘prova’, a verificação do fato tomado como hipótese pela acusação e qualificado como delito pela lei; por ‘defesa’, o exercício do direito de contraditar e refutar a acusação.”

⁴²⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Segurança Pública e o Direito das Vítimas. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 08, p. 136-144, 2003, p. 138: “Nos caminhos da Segurança Pública, o mundo vive hoje, em linha de máxima, uma disputa sem precedentes: de um lado, os defensores do chamado Movimento da Lei e Ordem, encabeçados pelos mais célebres reacionários norte-americanos, mormente através da chamada Política de Tolerância Zero; de outro lado, os defensores do Direito Penal Mínimo, onde ponteiavam os grandes nomes do Direito europeu e mundial, mormente aqueles que viveram os horrores da II Grande Guerra e, como poucos, sabem perfeitamente a importância fundamental, à democracia, das chamadas Liberdades Públicas.”

penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.”⁴³⁰

Diante disso, cada sistema concreto poderá ser avaliado como *de uma tendência ao 'direito penal mínimo' ou ao 'direito penal máximo'*, conforme satisfaça as condições antes indicadas, investindo-o de *racionalidade e certeza*, na melhor tradição liberal. Garantismo e racionalidade encontram-se, pois, imbricados na pretensão de construir a legitimidade do sistema punitivo, mediante o estabelecimento de uma tecnologia apta e democraticamente sustentada pelos *Direitos Fundamentais* (Cap. 3º).

Essa certeza/racionalidade buscada pelos sistemas, divide-se, consoante cada modelo – máximo ou mínimo –, na seguinte opção segundo **Ferrajoli**: enquanto para o modelo máximo, a certeza deve impedir que “*nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido*”⁴³¹; no caso do direito penal mínimo, a atuação se dá no sentido de que “*nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune.*”⁴³² Para o modelo *penal mínimo*, apesar da previsão em lei do tipo penal, somente se comprovada processualmente a conduta é que poderá se impor uma sanção, levando a sério a ‘presunção de inocência.’ De outra face, o modelo *penal máximo* golpeia esta garantia, na ilusão de colher nas malhas do direito penal todos os culpados:

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido à pena. (...) A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo. Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum

⁴³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 83.

⁴³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 84.

⁴³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 85.

culpado.⁴³³

2 – Some-se a isto que o Poder Legislativo encontra, ainda, a barreira material dos *Direitos Fundamentais* em duplo sentido. Partindo-se do Direito Penal como última *ratio* (princípios da lesividade, necessidade e materialidade), a regulamentação de condutas deve se ater à realização dos Princípios Constitucionais do Estado Democrático de Direito, construindo-se, dessa forma, um modelo minimalista de atuação estatal que promova, de um lado, a realização destes *Princípios* e, de outro, impeça suas violações, como de fato ocorre com a explosão legislativa penal contemporânea⁴³⁴, quer pelas motivações de manutenção do *status quo*, como pela ‘Esquerda Punitiva’⁴³⁵.

Cabe destacar que as ‘garantias penais’ são de suma importância para compreensão do ‘modelo penal mínimo’ adotado pelo Garantismo, motivo pelo qual, mesmo que tangenciando muitas das críticas possíveis, serão esclarecidos: a justificação do direito de punir e os princípios da ‘legalidade’, ‘necessidade’, ‘lesividade’, ‘materialidade’ e ‘culpabilidade’, ainda que de maneira contingente, salvo no que se refere ao princípio da ‘legalidade’.

3 – Discute-se, no contexto, a necessidade de uma teoria fundamentadora/justificadora da sanção⁴³⁶. Entretanto, a *pena*, longe de uma fundamentação jurídica, possui somente uma justificação política, de ato de força estatal. É afastada qualquer justificação, *retributiva* ou *preventiva*, da medida, conforme explicita o *Garantismo Jurídico*, na pena tupiniquim de **Carvalho**⁴³⁷.

⁴³³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 441.

⁴³⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Amante Virtual...*, p. 123: “No Estado Democrático de Direito, somente se justifica a intervenção estatal, via direito penal, em face de delitos que impeçam a realização dos objetivos constitucionais do Estado, ou seja, os delitos que fomentam a injustiça social e os necessários à coesão do tecido social, demitindo-se, assim, da criminalização de toda-e-qualquer-conduta que possa ser resolvida por formas extrapenais.”

⁴³⁵ KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, 1996; CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o Abolicionismo como meta, admitindo-se o Garantismo como estratégia? In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 161-219.

⁴³⁶ Evidentemente que muitas críticas podem ser elaboradas de diversos lugares teóricos e práticos, desde o *abolicionismo* até o *Movimento da Lei e Ordem*, para ficar somente em extremos, ambos na defesa de suas idéias, justificando-se a consulta de trabalhos críticos sobre o tema, dentre eles: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.) *Le ragioni del garantismo*: discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993; QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas considerações críticas. In: SANTOS, Rogério Dutra dos. *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001, p. 117-127.

⁴³⁷ CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 3-43.

Relegada a discussão *abolicionista* (Foucault, Mathiesen, Christie e Hulsman)⁴³⁸, assume-se a postura garantista-jurídico-penal, informada pelo *Princípio da Secularização* e da *Laicização* do Estado, da *Teoria Agnóstica da Pena*. Esta teoria, percebendo a imposição como ato de poder, tal qual a guerra⁴³⁹, imputa ao direito penal a finalidade de redução das violências praticadas pelo Estado⁴⁴⁰.

Existiria, portanto, uma dupla funcionalidade da sanção. Primeiro, impedindo a vingança privada (abusiva e espúria), eis que quem é Juiz em causa própria se vinga desmesuradamente – baluarte *Iluminista* e constante no pensamento do contratualista **Locke**⁴⁴¹. Em segundo lugar, restringindo a manifestação do poder político estatal, isto é, a pena, se dê de maneira arbitrária (sem limites) e violando os *Direitos Fundamentais*, nos exatos limites da estrita legalidade. Nada, absolutamente nada de retribuição ou prevenção (geral ou especial), consoante afirma **Ferrajoli**:

O paradigma do direito penal mínimo assume como única justificação do direito penal o seu papel de *lei do mais fraco* em contrapartida à *lei do mais forte*, que vigoraria na sua ausência; portanto, não genericamente a defesa social, mas sim a *defesa do mais fraco*, que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento da execução, é o réu.⁴⁴²

§ 4º – Princípio da Legalidade Penal: revisão garantista

⁴³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

⁴³⁹ CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena...*, p. 36: “Entendida como fenômeno da política, a pena, assim como a guerra, não encontra sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. Ambas (pena e guerra) se constituem através da potencialização da violência e da imposição incontrolada de dor e sofrimento.”

⁴⁴⁰ CARVALHO, Salo de. *Teoria agnóstica da pena...*, p. 32-33: “Ao representar o modelo minimalista de redução das penas, [o garantismo] rompe com a tradição da doutrina penal em direcionar todo o escopo da sanção à prevenção de novos delitos, tanto pela via individual (prevenção especial positiva) como pela coletiva (prevenção geral negativa). Ao contrário dos modelos defensistas que demonizam o autor do ilícito penal, utilizando a pena como forma de tutela social, o modelo garantista recupera a funcionalidade da pena na restrição e imposição de limites ao arbítrio sancionatório judicial e administrativo.”

⁴⁴¹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias...*, p. 42: “O raciocínio de Locke se desenvolve desta forma em quatro assertivas: as leis naturais podem ser violadas; as violações das leis naturais devem ser punidas e os danos reparados; o poder de punir e de exigir reparação cabe, no estado de natureza, à própria pessoa vitimada; quem é juiz em causa própria habitualmente não é imparcial e tende a vingar-se em vez de punir.”

⁴⁴² FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática*. Trad. Carlos Arthur Hawker Costa. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002, p. 32.

“Numa ditaduta todo ônus da prova pertence ao acusado e todo cidadão é culpado até prova em contrário.” **Millôr Fernandes**

1 – Parte-se, também, da releitura efetuada do ‘Princípio da Legalidade’, não mais somente constatável pela edição formal da regra jurídica (mera legalidade), mas principalmente pelo preenchimento dos dez axiomas garantistas (estrita legalidade). O ‘Princípio da Legalidade’ precisa, então, ser relido, não bastando mais a simples previsão legal do tipo penal, dado que essa legalidade formal é fonte, em alguns casos, de um direito penal *substancialista*. Decerto que surge a necessidade de factibilizar essa proposta, razão pela qual **Ferrajoli** propõe uma diferenciação do ‘Princípio da Legalidade’, o qual se divide em duas espécies: a) ‘Princípio de *mera* legalidade’, o qual obriga o Judiciário a aplicar as leis editadas, seu caráter cogente – reserva legal; b) ‘Princípio de *estrita* legalidade’, dirigido ao Poder Legislativo, balizando a eleição dos tipos penais em formulações empiricamente comprováveis, excluindo, portanto, o caráter subjetivo ‘constitutivo’ dos tipos penais. Até porque o controle de *constitucionalidade* difuso pode e deve ser realizado pelo ator jurídico garantista com lastro na ‘Teoria Geral do Garantismo’ (Cap. 3º).

2 – Assim é que o Direito Penal *secularizado* (Cap. 8º) precisa indicar tipos penais ‘regulamentares’, isto é, que se vinculem ao mundo da vida, impedindo, assim, que o processo sirva de mero simulacro, ou simples ritual preparatório da pena sem qualquer importância no resultado processual. Dito de outra forma, as adjetivações ou perseguições tópicas, como no caso de ‘bruxas’, ‘subversivos’, ‘hereges’, ‘inimigos do povo’, ‘vagabundos’, ‘vadios’ (ainda presentes formalmente, por exemplo, na Lei de Contravenções Penais, arts. 59, 60⁴⁴³), dentre outros, estão expungidas do Direito Penal Garantista por não se vincularem a condutas possíveis, mas a elementos constitutivos do sujeito⁴⁴⁴. É preciso que o tipo penal prescreva uma proibição, modalidade deôntica, sob pena de deslegitimação *epistemológica* do próprio tipo penal.

⁴⁴³ Formalmente porque em face do Sistema Garantista (SG) as contravenções perdem sentido democrático, por violação do ‘princípio da necessidade’. Conferir: COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 185-186.

⁴⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 31: “Com caráter ‘constitutivo’ e não ‘regulamentar’ daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiam as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os

Esses elementos decorrem da *secularização* do Estado (e do Direito Penal) contemporâneo, o qual deixa de lado os aspectos ditos ‘intrínsecos’ da conduta, adjetivada de *imoral*, *anormal* ou *abjeta*, para se resumir, no Estado Democrático de Direito, à expressa previsão legal do tipo penal, ou seja: “*é aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula nulla poena et nullum crimen sine lege.*”⁴⁴⁵ Agrega-se ao primeiro a impossibilidade de se analisar o interior (subjetividade do agente) – sempre arbitrária – nem o julgar por seus antecedentes ou conduta social, como fazia o ‘direito penal do autor’, restringindo-se democraticamente o objeto para “*figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica: nulla poena sine crimine et sine culpa.*”⁴⁴⁶ No tipo penal do autor inexistente conduta ‘regulativa’ a ser comprovada, senão situações ‘constitutivas’ da personalidade do acusado, independentemente da existência de ‘ação’ e ‘ofensividade’, sendo, pois, *substancialista*. As garantias processuais, nesta ordem de idéias, fenecem; são neutralizadas pelo deslocamento do caso processual⁴⁴⁷, como se verifica nas contravenções de ‘vadiagem’ e de ‘mendicância’ e no “crime de associação”, no qual importa mais o passado dos agentes – seus antecedentes – do que qualquer conduta empiricamente comprovável⁴⁴⁸.

3 – No que se denominou ‘*convencionalismo penal*’, advindo do ‘*Princípio da legalidade Estrita*’, da expressa previsão em lei abstrata e geral da conduta punível, estão inseridos dois requisitos necessários ao seu regular cumprimento: o caráter *formal/legal* e o *empírico/fático* dos desvios puníveis, avivando, dessa forma, a necessidade de prévia cominação legal e de que o Processo Penal tenha por objeto uma conduta comprovável/verificável. Daí é que, se o processo é condição para imposição da pena, a conduta objeto do processo deve ser *falsificável* (**Popper**) sob

‘desocupados’ e os ‘vagabundos’, os ‘propensos a delinquir’, os ‘dedicados a tráficos ilícitos’, os ‘socialmente perigosos’ e outros semelhantes.”

⁴⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 30.

⁴⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 30.

⁴⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 80. “Substancialismo e subjetivismo, além disso, alcançam as formas mais perversas no esquema penal do chamado tipo de autor, onde a hipótese normativa de desvio é simultaneamente ‘sem ação’ e ‘sem fato ofensivo’.”

⁴⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 81: “Não obstante, o esquema pode ser cumprido não apenas por via legal, mas também por via judicial: pense-se no abuso jurisprudencial, nas macroinstituições contra a criminalidade organizada, nas figuras do concurso moral e do delito associativo, consideradas às vezes, na falta de qualquer fato específico, com base nos antecedentes dos acusados ou à sua colocação ou identidade social e política.”

pena de tornar a garantia constitucional do *devido processo legal* em mero recurso retórico legitimador, entendido como ato de poder anti-democrático e não legitimado pelo ‘Estado Democrático de Direito’. A racionalidade defendida, a ser verificada após os fatos e dentro do processo, exige a expressa formulação legal (tipo + regras processuais) abstratas e regulativas, aplicadas no caso em julgamento (Cap. 8º).

§ 5º – Direito Penal como última *ratio*: as garantias penais do Sistema Garantista (SG)

1 – Partindo-se do Direito Penal como última *ratio*, ou seja, como o último recurso democrático diante da vergonhosa história das penas⁴⁴⁹, brevemente indicadas como de *morte*, *privativa de liberdade* e *patrimonial*, excluída a primeira pois desprovida de qualquer fim ou respeito ao acusado, as demais se constituem em técnicas de privação de bens, em tese, proporcional à gravidade da conduta em relação ao bem jurídico tutelado, segundo critérios estabelecidos pelo Poder Legislativo, na perspectiva de conferir caráter *abstrato* e *igualitário* ao Direito Penal.

Ferrajoli sustenta:

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.⁴⁵⁰

Na sua proposta, **Ferrajoli** aponta para a construção de um ‘direito penal mínimo’, entregando para outros mecanismos de resolução de conflito – leia-se extra-penais – cuja necessidade de intervenção, via aparelho repressor penal não esteja devidamente justificada. Este critério *utilitarista reformado* e *humanitário* procura garantir, também, que o sujeito não seja submetido às imposições

⁴⁴⁹ FOUCAULT, Michael. *Resumo dos cursos do Collège de France*. Trad. Andrea Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 11-44; FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2000. Com Foucault pode-se também ter uma dimensão das atrocidades praticadas em nome da aplicação de sanções, basicamente de quatro formas: a) exílio/banimento; b) compensação/conversão em pecúnia; c) marca física ou exposição vexatória; e d) enclausuramento.

⁴⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 310.

totalitárias de índole moralizante, uma vez que o discurso da reeducação é anti-democrático⁴⁵¹. Neste particular da Execução Penal, **Carvalho**⁴⁵² apresenta, a partir do Garantismo Penal, uma leitura indispensável da realidade brasileira, onde o paradigma reeducador se apresenta sombranceiro, fazendo com que os sujeitos precisem – imaginariamente – se *canonizar*⁴⁵³.

2 – Assim é que, somente nos casos em que os ‘efeitos lesivos’ das condutas praticadas possam justificar os custos das penas e proibições, as sanções estariam autorizadas. Consequência direta desse princípio é a redução do número de tipos penais, a diminuição do tempo das sanções, as quais por serem longas demais, excluem o sujeito da sociedade e são desumanas, mormente nas condições em que são executadas, bem como a deslegitimidade das sanções pecuniárias e dos ‘crimes de bagatela’, que não justificam nem mesmo a instauração do processo, além dos de cunho moralizante, podendo-se conferir substancioso balanço crítico formulado por **Gomes**⁴⁵⁴, **Copetti**⁴⁵⁵ e **Bueno de Carvalho**⁴⁵⁶.

Por isto que:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua ‘absoluta necessidade’ são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.⁴⁵⁷

3 – A aplicação de uma sanção exige a *lesividade mensurável do resultado da ação*, lida a partir dos seus efeitos. Esta é a carga do princípio da ‘lesividade’. Isto porque as palavras ‘dano’, ‘lesão’ e ‘bem jurídico’ demandam uma atribuição de

⁴⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 319: “Que não reedue, mas também que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior. Mas para tal fim não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas.”

⁴⁵² Conferir: CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias...*; CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena..., p. 3-43; CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁴⁵³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O Juiz (Garantista) e a Execução Penal: por uma racionalidade consequencialista (MacCormick). In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 401-418.

⁴⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁵⁵ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito...*

⁴⁵⁶ BUENO DE CARVALHO, Amilton. *Garantismo Penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Nesta obra estão colacionadas preciosas decisões de autoria do autor, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

⁴⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 373.

sentido, um preenchimento semântico, vinculado aos fundamentos do direito de punir, ou seja, “*com os benefícios que com ela se pretendem alcançar*.”⁴⁵⁸ Resumindo a discussão sobre os equívocos da evolução do conceito de ‘bem jurídico’, o qual deixou de ter como referencial o ponto de vista externo, na direção contrária do pensamento ‘Iluminista’, passando a tutelar situações de ordem interna e autoritárias, **Ferrajoli** assevera:

Estas questões, que correspondem a outros tantos níveis do discurso e que se caracterizam por um estatuto lógico e semântico diferente, são, na minha opinião, quatro: a) se as proibições penais devem tutelar um bem jurídico para não ficar sem justificação moral e política; b) se um determinado ordenamento oferece a garantia de lesividade, isto é, as proibições legais e as sanções concretas são legítimas juridicamente se produz um ataque a um bem jurídico; c) quais bens, ou não bens, tutelam normativamente as leis penais; d) quais bens, ou não bens, tutelam, de fato, as mesmas leis, e quais bens, ou não bens, são atacados pelas condutas que elas proíbem. A primeira destas quatro questões é ético-política; a segunda, jurídico-constitucional; a terceira, jurídico-penal; e a quarta, sociológico-empírica.⁴⁵⁹

Apesar de sedutor, não se pode continuar abordando a questão do ‘princípio da lesividade’, mormente diante da instigante discussão possível nos ‘crimes de perigo abstrato ou ‘*ex vi legis*’ e da construção do ‘princípio da insignificância’, deslegitimador tanto da instauração do processo, como da sanção. Por isso, aos navegantes, necessário continuar a evolução deste princípio e o da ‘*necessidade*’ na própria obra de **Ferrajoli**⁴⁶⁰ ou, dentre outras, nas de **Zaffaroni-Batista**⁴⁶¹, **Bianchini**⁴⁶², **Gomes**⁴⁶³ e **Paschoal**⁴⁶⁴.

⁴⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 374.

⁴⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 376

⁴⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 383-384: “Em conclusão, o princípio de lesividade, como ficou aqui definido, tem o valor de critério polivalente de minimização das proibições penais. E equivale a um princípio de tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao mínimo necessário e, com isso, para reforçar sua legitimidade e credibilidade. Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a “fraude de etiquetas”, consistente em qualificar como “administrativas” sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais.”

⁴⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 225-230.

⁴⁶² BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁶³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal...*

⁴⁶⁴ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

4 – Na linha da secularização do Estado, separando o Direito da Moral, da tradição *Iluminista* do utilitarismo e a valorização da liberdade, os atos internos são impuníveis, eis que esses além de não ocasionarem dano, constituem-se em uma proibição inútil por não ser apta ao seu impedimento; não se pode impedir de pensar. O nexos causal entre a ação e o resultado se constitui em elemento indispensável à legitimação da sanção, ou seja:

De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal.⁴⁶⁵

Com efeito, resta arredada a possibilidade da fixação, pelo Estado, de um modelo único de comportamento interno, de pensamento, enfim, totalitário, abrindo-se espaço para a construção da *alteridade*, dos direitos do cidadão a partir do ‘*princípio da tolerância*’, possibilitando o direito de pensar – liberdade de consciência – conforme as próprias convicções morais e éticas⁴⁶⁶, e tendo como parâmetro de atuação penal somente os efeitos da ação e jamais as potencialidades hipotéticas. Resta tutelada a liberdade da construção da singularidade da personalidade (ser perverso, mau, imoral, perigoso), até porque essas ilações jamais poderiam ser objeto de um processo garantista, devido à impossibilidade de reconstrução da conduta, ademais, inexistente. Não é sem motivo que **Ferrajoli** anota: “*Fica, pois, claro que o princípio da materialidade da ação é o coração do garantismo penal, que dá valor político e consistência lógica e jurídica a grande parte das demais garantias.*”⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 384.

⁴⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 385. “Observado *em sentido negativo*, como limite à intervenção penal do Estado, este princípio marca o nascimento da moderna figura do *cidadão*, como sujeito suscetível de vínculos em seu atuar visível, mas imune, em seu ser, a limites e controles; e equivale, em razão disso, à tutela da sua *liberdade interior* como pressuposto não somente da sua vida moral mas, também, da sua *liberdade exterior* para realizar tudo o que não esteja proibido. Observado *em sentido positivo*, traduz-se no respeito à *pessoa humana* enquanto tal e na tutela da sua identidade, inclusive desviada, ao abrigo de práticas constritivas, inquisitoriais ou corretivas dirigidas a violentá-la ou, o que é pior, a transformá-la; e equivale, por isso, à legitimidade da dissidência e, inclusive, da hostilidade diante do Estado; à tolerância para com o diferente, ao qual se reconhece sua *dignidade pessoal*; à *igualdade* dos cidadãos, diferenciáveis apenas por seus atos, não por suas idéias, por suas opiniões ou por sua específica diversidade pessoal.”

⁴⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 387.

5 – Embora seja fundamental a existência *material* da ação, desde o século XIX duas teorias solaparam esta garantia. A primeira fomentadora de um ‘delinqüente natural’ e de uma ‘Defesa Social’, construída sobre a nefasta e insustentável noção de ‘periculosidade’, a qual é aquilatada (!?) por critérios pseudo-científicos e absolutamente insustentáveis epistemológica e democraticamente, cujos herdeiros saudosistas ainda freqüentam, diariamente, os foros. De outro lado, o ‘tipo de autor’, no qual a ação é reduzida ao analisar a personalidade do agente, livre de qualquer ação, com claros propósitos ideológicos (Cap. 6º).

Em ambos os casos, as vias do substancialismo coincidem, como sempre, com as do subjetivismo: por um lado, delinqüente nato e tipo criminológico; por outro, personalidade inimiga ou desleal e tipo normativo do autor. A crise da ação como garantia marca uma desvalorização da pessoa humana, degradada à categoria animal, em um caso, e sublimada e negada, no outro, por meio de sua identificação com o Estado. Trata-se da restauração de um substancialismo laico, que substitui o substancialismo jusnaturalista pré-moderno, mas que volta a descobrir o *malum in se* na pessoa desviada: e isso não como oferta à velha moral religiosa e ultraterrena, senão às leis da evolução e seleção do organismo social ou, pior ainda, à ética ou à mística do Estado.⁴⁶⁸

6 – Atrelado à concepção de *racionalidade* e *consciência*, próprio da *Modernidade*, o ‘princípio da culpabilidade’ é entendido como a decisão preliminar e *consciente* acerca da vontade de agir, de intencionalmente compreender e proceder – elemento subjetivo – em face de uma regra regulativa. Essa decisão consciente contrapõe-se aos modelos que aceitam a responsabilidade penal sem culpa ou intenção: responsabilidade objetiva. Aponta como fundamentos políticos externos a ação material, seu caráter intimidatório, a possibilidade de previsão do agir social conforme as regras e as únicas (condutas) que podem ser logicamente proibidas (Cap. 8º). Suas modalidades são o *dolo* e a *culpa*, com as diversas classificações doutrinárias possíveis. O importante é que deva ser imputável a causa à ação decorrente de ato de vontade⁴⁶⁹. **Ferrajoli** chama a atenção para necessária

⁴⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 389.

⁴⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 392: “Sem adentrarmos na discussão das inúmeras opiniões e construções sobre a matéria, parece-me que esta noção – que corresponde à alemã de *Schuld* e à anglo-saxã de *mens rea* – pode ser decomposta em três elementos, que constituem outras tantas condições subjetivas de responsabilidade no modelo penal garantista: a) a *personalidade* (ou ‘*suitá*’ da ação), que designa a susceptibilidade de adstrição material do delito à pessoa do seu autor, isto é, a *relação de causalidade* que vincula reciprocamente decisão do réu, ação e resultado do delito; b) a *imputabilidade* ou *capacidade penal*, que designa uma condição psicofísica do réu, consistente em sua capacidade, em abstrato, de entender e de querer; c) a *intencionalidade* ou *culpabilidade em sentido estrito*, que designa a consciência e a vontade do delito concreto

diferença entre ‘culpabilidade’ e ‘responsabilidade’, dado que esta é a sujeição à sanção como consequência da conduta.

O dilema metafísico do ‘determinismo’ e do ‘livre-arbítrio’ resta superado, contudo, pelo Sistema Garantista (SG). Para os ‘deterministas’ a pessoa *não poderia ter agido de outra forma*, já que sua ação está condicionada a outros elementos que independem de sua vontade; o agente é objetificado. De outra face, os partidários do ‘livre-arbítrio’ entendem que se não há um elemento externo capaz de abalar a capacidade psíquica do agente, este *poderia ter agido de forma diferente*. Ambas concepções desconsideram o caráter material da ação, abrindo ensejo para práticas antigarantistas. **Ferrajoli** sublinha que “a consequência é que no primeiro caso temos um resultado sem culpa e, no segundo, uma culpa sem resultado, destituída da mediação, e, em qualquer dos casos, da ação culpável.”⁴⁷⁰ Corolário do ‘determinismo’ é a objetificação do sujeito e a preparação do Estado na ‘Defesa Social’ das personalidades desviadas e a construção do conceito de ‘periculosidade’, o qual vem de encontro à construção histórica da culpabilidade. Já o ‘livre-arbítrio’ deixa espaço para julgamento subjetivo do agente, como se fazia no ‘direito penal do autor’, isto é, da culpa do homem e não de sua ação⁴⁷¹.

Com efeito, para o ‘princípio da culpabilidade’ propugnado por **Ferrajoli**, são necessários dois requisitos: a) que o proibido decorra de uma comissão/omissão verificável numa ação regulativa e não da subjetividade do agente; e b) que *ex ante* haja possibilidade desta comissão/omissão. Esta opção deixa de ser vista desde uma percepção ontológica, passando a ser deontológica de ‘eleição’ entre possibilidades de ‘ação’ e não de ‘ser’.

O livre-arbítrio (...), como pressuposto normativo da culpabilidade, corresponde, em definitivo, ao atuar – ou, caso se prefira, ao querer –, mas não ao ser do agente. Isso não impede, obviamente, que se use a palavra ‘culpável’ para referir-

e que, por sua vez, pode assumir a forma de *dolo* ou de *culpa*, segundo a intenção esteja referida à ação e ao resultado ou somente à ação e não ao resultado, não querido nem previsto, embora previsível.”

⁴⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 395.

⁴⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 397: “A força sedutora dessa duas orientações provém do fato de que seus efeitos antigarantistas – ademais de ser reflexo, como todos os esquemas substancialistas, do obscuro lugar-comum do delinquente como ‘diferente’ (‘doente’ ou ‘inimigo’), ao qual se tem de enfrentar enquanto tal – parecem estritamente coerentes com as duas hipóteses filosóficas que lhes dão impulso e que se beneficiam, por sua vez, do aparentemente óbvio: o determinismo e a não liberdade de querer que fazem com que sintamos injusta a culpabilização subjetiva do agente por ações independentes de sua vontade e que sugerem seu tratamento como se fosse um doente ou um animal perigoso; o livre-arbítrio não condicionado, que torna paralelamente injusto limitar o objeto da pena às manifestações contingentes e casuais do autor, em lugar de estendê-lo à sua personalidade perversa, investigando-a e castigando-a por sua forma geral de ser.”

se a uma pessoa, ainda que se não o faça para designar uma ‘propriedade’ (Tício é, em si, culpável), senão somente sua relação com uma conduta (Tício é culpável *de uma ação*).⁴⁷²

Arredada, pois, a idéia de se imiscuir na personalidade do agente, perdem sentido as construções sobre a ‘capacidade criminal’, ‘reincidência’, ‘tendência para delinquir’ e outras preciosidades totalitárias e anti-democráticas construídas com base nas concepções criticadas e marcadamente substancialistas e discricionárias, como se verifica nos crimes de *associação*, por exemplo (Cap. 6º).

§ 6º – Sistemas Penais: Acusatório *versus* Inquisitório

1 – Ao lado das ‘garantias penais’ o Sistema Garantista (SG) deve estar também munido das ‘garantias processuais’, atinentes à ‘jurisdição’, ‘acusação’, ‘prova’ e ‘defesa’, as quais serão aprofundadas conjuntamente, sob a denominação genérica de ‘verdade processual’ (sem embargo da equivocidade do termo⁴⁷³), destacando-se preliminarmente os *sistemas acusatório e inquisitório*.

2 – O Processo Penal está situado numa estrutura que possui características diversas e se divide, historicamente, nos *sistemas*⁴⁷⁴ *Inquisitório* e *Acusatório*, surgindo contemporaneamente modelos que guardam características de ambos sem que, todavia, possam ser indicados, no que se refere à estrutura, como *sistemas mistos*. São *mistos* por acolherem características de ambos os sistemas, sendo uma incongruência lógica eventual denominação de um terceiro gênero, consoante adverte **Miranda Coutinho**⁴⁷⁵. Isto porque a compreensão de *sistema* decorre da existência de um *princípio unificador*, capaz de derivar a cadeia de significantes dele

⁴⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 399-400.

⁴⁷³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro, 2002, p. 177-182.

⁴⁷⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal...*, p. 16-17: “Tenho a noção de sistema a partir da versão usual, calcada na noção etimológica grega (systema-atos), como um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina.”

⁴⁷⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal...*, p. 17-18: “Salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, sistemas puros, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigoram sempre sistemas mistos, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua inteireza, acaba recepcionado como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro. O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio (...). Por isto, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, mormente o processual, descompromissando-o diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele.”

decorrentes, não se podendo admitir a coexistência de *princípios* (no plural) na origem do sistema.

Assim é que no *Sistema Inquisitório* o *Princípio Inquisitivo* marca a cadeia de *significantes*, enquanto no *Acusatório* é o *Princípio Dispositivo* que lhe informa. E o critério identificador é, por sua vez, o da *gestão da prova*. Sendo o Processo Penal uma atividade marcadamente recognitiva, de acerto de *significantes* (Cap. 9º), a fixação de quem exercerá a gestão da prova e com que poderes se mostra indispensável. Dito de outra forma: quais os poderes, ou mesmo qual o papel do juiz na condução do Processo Penal?

No *Inquisitório* o juiz congrega, em relação à gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção, enquanto no *Acusatório* essa responsabilidade é das partes, sem que possa promover sua produção. De outra face, no *Inquisitório* a liberdade do condutor do feito na sua produção é praticamente absoluta, no tempo em que no *Acusatório* a regulamentação é precisa, evitando que o juiz se arvore num papel que não é seu⁴⁷⁶.

Cordero⁴⁷⁷ demonstra os motivos pelos quais o modelo Inquisitório se desenvolveu, atendendo aos interesses da Igreja e de quem comandava a sociedade, em face da expansão econômica, exigindo que o poder repressivo fosse centralizado, com atuação *ex officio*, independentemente da manifestação do lesionado. O juiz passa de expectador para o papel de protagonista da atividade de resgatar subjetivamente a verdade do investigado (objeto), desprovido de contraditório, publicidade, com marcas indelévels no resultado, previamente colonizado. Assume, para tanto, uma ‘postura paranóica’ (Cap. 8º) na gestão da prova. Enfim, longe do *fair play*, diz **Cordero**: “*Los inquisidores adelantan afanosamente luchas contra el diablo.*”⁴⁷⁸

Barreiros deixa evidenciada as características de cada um dos sistemas. No modelo *Inquisitório*: a) o julgador é permanente; b) não há igualdade de partes, já que o juiz investiga, dirige, acusa e julga, em franca situação de superioridade sobre

⁴⁷⁶ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15-16: “As regras que têm por objeto a prova penal são influenciadas pela escolha realizada entre os dois fundamentais sistemas processuais. No sistema inquisitório, a matéria da prova é pouco regulamentada, ao contrário do que ocorre no sistema acusatório, em que a prova é objeto de uma cuidadosa e minuciosa regulamentação. A diferença depende dos postulados que fundamentam os dois sistemas.”

⁴⁷⁷ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal...*, v. 1, p. 16-90.

⁴⁷⁸ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal...*, v. 1, p. 90.

o acusado; c) a acusação é de ofício, admitindo a acusação secreta; d) é escrito, secreto e não contraditório; e) a prova é legalmente tarifada; f) a sentença não faz coisa julgada; e g) a prisão preventiva é a regra. Já no modelo *Acusatório*: a) o julgador é uma assembléia ou corpo de jurados; b) há igualdade das partes, sendo o juiz um árbitro sem iniciativa investigatória; c) nos delitos públicos, a ação é popular e nos privados, de iniciativa dos ofendidos; d) o processo é oral, público e contraditório; e) a análise da prova se dá com base na livre convicção; f) a sentença faz coisa julgada; e g) a liberdade do acusado é a regra⁴⁷⁹.

Por outra parte, **Carrara** assim os caracteriza: I) *Acusatório*: a) plena *publicidade* de todo o processo; b) *liberdade* pessoal do acusado até a condenação definitiva; c) absoluta *igualdade* de direitos e poderes entre o acusador e o acusado; d) *passividade* do juiz na colheita das provas; e) *continuidade* dos atos; f) *síntese* em todo o procedimento⁴⁸⁰. II) *Inquisitório*: a) concurso de *denunciadores* secretos, que informem ao magistrado inquisidor dos delitos e delinqüentes por eles descobertos; b) *direção das provas* ao pleno arbítrio do juiz; c) *instrução escrita*, do princípio ao fim; e, da mesma forma, *defesa* escrita; d) processo constantemente *secreto*, não apenas em relação aos cidadãos, mas também quanto ao próprio acusado, em cuja presença nada se faz, a não ser, excepcionalmente, a *confrontatio*, não se lhe participando o processo enquanto não ultimado e em estado de transmissão; e) *encarceramento preventivo* do réu, e sua absoluta *segregação* de qualquer contato com outrem, até o momento da defesa; f) *interrupção* dos atos, e deste modo, lavratura da sentença segundo a comodidade do juiz; g) ordem *analítica*, até a transmissão da inquisição especial⁴⁸¹.

3 – Dentro desta diferenciação e considerando a indeclinabilidade da Jurisdição, decorrência do ‘princípio da legalidade’, compete ao Estado organizar a maneira pela qual o Processo Penal tendente à aplicação – ou não – de alguma sanção se dará. Neste pensar, o papel desempenhado pelo juiz e pelas partes deve ser acompanhado de ‘garantias orgânicas’ e ‘procedimentais’, consistindo na diferenciação marcante entre os modelos, conforme acentua **Ferrajoli**:

⁴⁷⁹ BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 11-14.

⁴⁸⁰ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*: parte geral. Trad. José Luiz V. de A Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 2, p. 314-315.

⁴⁸¹ CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*..., p. 320-321.

pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei *inquisitório* todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.⁴⁸²

A separação das funções do juiz em relação às partes se mostra como exigida pelo ‘princípio da acusação’, não podendo se confundir as figuras, sob pena de violação da garantia da *igualdade de partes e armas* (Cap. 7º). Deve haver paridade entre defesa e acusação, violentada flagrantemente pela aceitação dessa confusão entre acusação e órgão jurisdicional.

Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, que, como veremos, é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto do ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais da jurisdição.⁴⁸³

4 – Acrescente-se que a acusação precisa ser ‘obrigatória’ no sentido de evitar ponderações discricionárias – condições subjetivas de proceder – do órgão acusador, tutelando o ‘princípio da igualdade de tratamento’ estatal e, ainda, que esse órgão deve ser público e dotado das mesmas garantias orgânicas do julgador. As condições de proceder à acusação devem ser objetivas, mesmo que vinculadas à manifestação da vítima nos casos de violações de direitos disponíveis – dentre eles o patrimônio, por não ser *Direito Fundamental* na gramática do Garantismo (Cap. 3º) – e decorrentes da privacidade, nos quais a parte ofendida não deseja o processo.

5 – A assunção do modelo eminentemente acusatório, segundo **Binder**⁴⁸⁴, não depende do texto constitucional – que o acolhe, em tese, no caso brasileiro, apesar de a prática o negar –, mas sim de uma ‘auténtica motivación’ e um ‘compromiso interno y personal’ em (re)construir a estrutura processual sobre alicerces democráticos, nos quais o juiz rejeita a iniciativa probatória e promove o processo entre partes (acusação e defesa).

⁴⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 452.

⁴⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 455.

⁴⁸⁴ BINDER, Alberto M. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio...*, p. 7.

§ 7º – A garantia da ‘Presunção de Inocência’ e as prisões cautelares

1 – A garantia da ‘presunção de inocência’ precisa ser levada a sério, evitando-se prisões anteriores ao julgamento de mérito condenatório⁴⁸⁵, sob pena de se transformar a “*presunção de inocência a um inútil engodo, demonstrando que o uso deste instituto, antes ainda de um abuso, é radicalmente ilegítimo e além disso apto a provocar, como a experiência ensina, o esvaecimento de todas as outras garantias penais e processuais.*”⁴⁸⁶

A tradição ‘Inquisitória’ herdada solapa esta garantia, partindo da prévia contenção do agente que é ainda mero acusado, na melhor perspectiva da ‘Criminologia Positiva’, segundo a qual o desviante, dada sua *periculosidade*, deve ser objeto de atenção estatal, para evitar uma hipotética violação da sociedade, tudo em nome da ‘Defesa Social’ (Cap. 6º). Apesar da impossibilidade fática da extinção das ‘prisões cautelares’, é possível se defender que para sua decretação ou manutenção devem concorrer os requisitos legais para tanto, não sendo bastante a mera referência à capitulação, em tese, da conduta, havendo necessidade inafastável da demonstração, fundamentada, de sua excepcionalidade⁴⁸⁷. Não serve, portanto, a mera transcrição dos termos legais, devendo-se comprovar argumentativamente as condições fáticas de tal medida, não se prestando também a mera gravidade da infração imputada⁴⁸⁸, o clamor público⁴⁸⁹ e os antecedentes, consoante o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. CLAMOR PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE À PRISÃO. – Toda espécie de prisão provisória, enquanto espetacular exceção ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), exige a satisfação dos requisitos gerais em matéria cautelar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro encontra-se consubstanciado nos indícios de autoria e prova da materialidade (concomitantemente), ao passo que o segundo pode se manifestar na

⁴⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática..., p. 35-36.

⁴⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 445.

⁴⁸⁷ LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 187-218.

⁴⁸⁸ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 232: “Nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige.”

⁴⁸⁹ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001, p. 257-295.

necessidade de garantir a ordem pública (ou econômica), assegurar a aplicação da lei penal ou, ainda, por conveniência da instrução criminal (ao menos uma destas hipóteses deve estar presente). – O ‘clamor público’, a ‘intranquilidade social’ e o ‘aumento da criminalidade’ não são suficientes à configuração do *periculum in mora*: são dados genéricos, sem qualquer conexão com o fato delituoso praticado pelo réu, logo não podem atingir as garantias processuais deste. Outrossim, o aumento da criminalidade e o clamor público são frutos da estrutura social vigente, que se encarrega de os multiplicar nas suas próprias excrescências. Assim, não é razoável que tais elementos – genéricos o suficiente para levar qualquer cidadão à cadeia – sejam valorados para determinar o encarceramento prematuro. – A gravidade do delito, por si-só, também não justifica a imposição da segregação cautelar, seja porque a lei penal não prevê prisão provisória automática para nenhuma espécie delitiva (e nem o poderia porque a Constituição não permite), seja porque não desobriga o atendimento dos requisitos legais em caso algum. À unanimidade, concederam a ordem.⁴⁹⁰

2 – A tentação ‘criminológica’ de ‘Defesa Social’, ou seja, de julgar o acusado e não a hipotética conduta, escorrega – via *(in)consciente* – na cadeia de significantes previstos na lei, até poque a legislação utiliza-se de termos claramente ‘vagos’ e ‘ambíguos’ para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos (Caps. 5º e 8º), valendo, por todos, a *anemia semântica* do art. 312 do CPP: ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal. De fato, àquele que conhece um pouquinho da estrutura lingüística pode construir artificialmente tais pseudo requisitos, cuja *falsificação* – pressuposto –, diante da contenção, será inverificável. Em outras palavras, se deferida a prisão, os argumentos se desfazem. Afinal, o acusado estará preso e não se poderão verificar os ditos motivos da prisão⁴⁹¹. De outro lado, as ‘prisões obrigatórias’, ‘nos termos da lei’, violam expressamente a garantia da ‘presunção de inocência’. Por fim, o magistrado, se assume a postura ‘*eminentemente acusatória*, jamais poderá decretar a prisão de ofício.

A pergunta que devemos tornar a levantar é então se a custódia preventiva é realmente uma ‘injustiça *necessária*’, como pensava Carrara, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o

⁴⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão em apelação criminal n. 70006140693. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 12 de março de 2003.

⁴⁹¹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Prisão Provisória: cautelaridade ou banalidade. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 03, p. 84-90, 2001; GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 101-117; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal à luz da Constituição*. São Paulo: Edipro, 1999., p. 83-131; AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Reforma Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001, p. 153-188.

acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado. (...) Quais são então, se elas existem, as ‘necessidades’ – e não as meras conveniências – satisfeitas pela prisão sem juízo? Já falei sobre a manifesta incompatibilidade, reconhecida pela doutrina mais atenta, entre o princípio da presunção de inocência (ou ainda só o de não culpabilidade) e a finalidade de prevenção e de defesa social, que inclusive depois da entrada em vigor da constituição uma vasta fileira de processualistas continuou associando à custódia do acusado enquanto presumido perigoso. Restam as outras duas finalidades: a do perigo de deterioração das provas e a do perigo de fuga do acusado, já indicadas por Beccaria e reconhecidas como únicas justificações da doutrina e da jurisprudência mais avançadas. Certamente ambos esses argumentos atribuem ao instituto finalidades estritamente cautelares e processuais. Mas é isso bastante para considerá-los justificados? São as duas finalidades processuais, em outras palavras, realmente legítimas e, ainda, não desproporcionais ao sacrifício imposto pelo meio de as atingir? Ou, ao contrário, não existem meios do mesmo modo pertinentes mas menos gravosos tornando ‘desnecessário’ o recurso à prisão sem processo?⁴⁹²

§ 8º – A Garantia da Jurisdição: quem deve ser o ator juiz?

“O problema é que, para se fazer efetiva a regra constitucional, há que se pagar um preço, o preço da democracia, respeitando a regra do jogo.” **Miranda Coutinho**

1 – Paralelamente a isto, **Ferrajoli** invoca a discussão sobre ‘quem deverá ser o juiz?’ Reconhece, todavia, que este critério é externo ao direito e se vincula à organização do Estado, podendo se dar por juízes técnicos ou leigos (Júri), sempre dependente da figura que o modelo pretende impor⁴⁹³. De qualquer forma, essa escolha pode se dar por ‘eleição’ ou ‘concurso público’, nas duas formas indicadas por **Ferrajoli**, na dependência da escolha constante, em regra, na Consitituição, como no caso brasileiro, onde o juiz possui uma legitimidade democrática advinda da Carta Maior e investidura por concurso público, não obstante a Lei Orgânica da Magistratura (LC n. 35/79), ainda da ‘era militar’ – **Geisel** – possibilite um profundo controle *ideológico* sobre o conteúdo das decisões ao propiciar a exclusão de juízes

⁴⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 446.

⁴⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 461: “Enquanto ao sistema acusatório de fato convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos, e, portanto, mais prudente que sapiente, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa.”

mediante processos administrativos por violação de ‘tipos administrativos’⁴⁹⁴ absolutamente antigarantistas⁴⁹⁵. Esse controle administrativo deve existir, todavia, não para responsabilizar o juiz pelo conteúdo de suas decisões mesmo contra a maioria ou pela ‘necessidade’ de “*manter conduta irrepreensível na vida pública e particular*” (LC n. 35/79, art. 35), enunciado que ao mesmo tempo em que não diz nada, propicia julgamentos decisionistas, isto é, incontrolados democraticamente (*zero grau de linguagem*)⁴⁹⁶. A Constituição da República de 1988, por seu turno, explicitou as garantias da vitaliciedade, inamovabilidade e irredutibilidade de subsídio – que era de vencimento –, as quais seriam a garantia da independência do Poder Judiciário.

2 – Daí advém a necessidade de manutenção de eqüidistância das condutas analisadas no processo e a pretensão acusatória⁴⁹⁷, sem que se possa, evidentemente, cair-se na ilusão do *juiz neutro* (Cap. 6º). Aliás, essa diferenciação é assente na doutrina mais esclarecida, não obstante *ainda restem fiéis ao culto da neutralidade*. Some-se a isso a *independência* do Poder Judiciário e a fixação *ex ante*, por lei⁴⁹⁸, ou seja, o ‘princípio do juiz e promotor natural’⁴⁹⁹, já que afirma **Jardim**: “*todos devem ter direito de não ser acusados por um ‘Promotor*

⁴⁹⁴ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001., p. 63.

⁴⁹⁵ CABEDA, Luiz Fernando. *A Justiça agoniza*: ensaio sobre a perda do vigor da função e do sentido de Justiça no Poder Judiciário. São Paulo: Esfera, 1998, p. 33-34: “Em matéria disciplinar, os juízes tornaram-se os únicos servidores do Estado submetidos a julgamentos administrativos irrecorríveis. Primeiro, porque a LOMAN não previu recurso. Segundo, porque os mandados de segurança em busca de garantias legais teriam de ser interpostos perante os órgãos coatores. Terceiro, porque haveria o empecilho legal de incabimento desse tipo de ação diante do ato disciplinar. O que se viu a partir de então guarda analogia com a clássica narrativa de Peter Gay sobre a *déblacle* da República de Weimar: o desfile do opróbrio, da perseguição rasteira por motivos pessoais, da bajulação, das fidelidades maçônicas e do despropósito de toda a ordem, sob o comando dos arrivistas de sempre. Criaram-se tribunais de exceção com funções censórias (um dos quais foi dissolvido pelo Supremo Tribunal Federal). (...) É verdade que para essa *déblacle* concorreu o fato de que muitos juízes, que eram contrários aos princípios informadores da LOMAN, se aposentaram massivamente quando ela entrou em vigor. Seu silêncio, infelizmente, não deixou memória, mas uma situação de abandono da resistência ativa que traz sua marca aos dias de hoje.”

⁴⁹⁶ BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia*. Trad. Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 81.

⁴⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 466-467: “Não basta, todavia, para assegurar a separação entre juiz e acusação, que no processo as funções acusatórias sejam exercidas por um sujeito diverso e distinto do juiz. (...) São necessárias também garantias procedimentais específicas – relativas à condução da fase instrutória, à publicidade do juízo, às modalidades do interrogatório e em geral às técnicas de formação e contestação das provas. (...) Por fim, as duas partes em causa devem contender em posição de paridade, de modo que a imparcialidade do juiz não seja de qualquer modo comprometida pelo seu desequilíbrio de poder e não sejam criadas solidariedades ambíguas, uniões ou confusões entre as funções judicantes e postulantes.”

⁴⁹⁸ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*..., v. 1, p. 101: “Pero no basta que sea ordinario, pues que debe ser preconstituído.”

⁴⁹⁹ BONATO, Gilson. A garantia constitucional do Juiz e do Promotor natural. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 157-179.

Encomendado, por um *Acusador de Ocasão*.⁵⁰⁰ Na mesma linha **Miranda Coutinho** aduz que o Código de Processo Penal brasileiro seguiu a linha de **Manzini**, propiciando que se manipule a competência: “*para beneficiar alguns (criando-se uma comarca nova v. g. para onde se trata de mandar um magistrado em estágio probatório e...) ou prejudicar outros v. g. transformando a competência, em certos casos, do órgão especial para as câmaras isoladas, com a evidente diminuição do número de julgadores e...*”⁵⁰¹

Marcon faz substancioso balanço do ‘princípio do juiz natural’, deixando evidenciado que ele não é respeitado no Processo Penal brasileiro, apesar do disposto no art. 5º, XXXVII, da Constituição da República:

A extensão do significado do Princípio do Juiz Natural tem sido manipulada pelos órgão de administração da Justiça, sob a alegação de que seu cumprimento trava a prestação jurisdicional no que ela tem de mais crítico hoje, que é a celeridade processual. Entretanto, o argumento não tem procedência porque é perfeitamente compatível o cumprimento do ordenamento normativo, com todas as garantias que ele representa, e a prestação jurisdicional mais célere. Diante disso, não há que se admitir nomeações aleatórias de juízes para atuarem em processos criminais fora de suas funções definidas em lei. Tampouco são admissíveis substituições de juízes por outros, senão quando obedecidas as normas de competência pre-estabelecidas pela lei.⁵⁰²

Cabe lembrar que somente pode ser imparcial – com muito esforço retórico, por básico – aquele que não é acusador, reiterando a necessidade da separação da acusação e julgador para, somente assim, ser o ‘guardião dos *Direitos Fundamentais*’: “*E o Poder Judiciário se configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um contrapoder, no duplo sentido que é atribuído ao controle da legalidade ou de validade dos atos legislativos assim como dos atos administrativos e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as lesões ocasionadas pelo Estado.*”⁵⁰³

⁵⁰⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 319.

⁵⁰¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Crime continuado e unidade processual. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001, p. 205-206.

⁵⁰² MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 229.

⁵⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 465.

§ 9º – Garantismo e ‘verdade processual’

1 – Dedicando-se ao problema da ‘verdade formal’ e ‘verdade material’, e fundamentado no modelo epistemológico do *falsificacionismo* (Cap. 2º), o qual exige a verificabilidade das assertivas com pretensão de verdade formal/processual, respeitadas as regras do jogo⁵⁰⁴, **Ferrajoli** sustenta a inafastabilidade do ‘Princípio da Estrita Legalidade’, eis que “*só é possível verificar empiricamente que se cometeu um delito se, antes, uma convenção legal estabelecer com exatidão que fatos empíricos devem ser considerados como delitos.*”⁵⁰⁵ Caso contrário, a pretensão passa a ser substancial/material, isto é, “*uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais.*”⁵⁰⁶ Em decorrência disto, o processo passa a ser uma forma autoritária de julgamento estatal da *moral* do acusado, não obstante o processo de *secularização* existente na base teórica dos Estados laicos contemporâneos.

A opção deve se dar em face do *cognitivismo x decisionismo*; *comprovação x valoração*; *prova x inquisição*; *razão x vontade* e entre *verdade x potestatividade*. Dependendo dessas escolhas, o modelo adotado será capaz ou não de legitimar, a partir do garantismo, o resultado do Processo Penal. A leitura preconizada por **Ferrajoli** se afasta da *verdade fundante*, sem que, todavia, o autor aprofunde este questionamento mais largamente abordado adiante (Cap. 5º). Mesmo assim sustenta que: “*se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade.*”⁵⁰⁷ Com efeito, o ‘saber-poder’ manifestado pela decisão penal, seguindo a tradição *Iluminista*, exige um balanceamento cada vez maior em favor da

⁵⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 38: “Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias de defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética ‘verdade substancial’, no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias. Este, ademais, é o valor e, também, o preço do ‘formalismo’, que no direito e no processo penal preside normativamente a indagação judicial, protegendo, quando não seja útil nem vazio, a liberdade dos cidadãos, justamente contra a introdução de verdades substanciais, tão arbitrárias quanto intoleráveis.”

⁵⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 38.

⁵⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 38.

⁵⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 38.

razão, via método processual de direcionamento da ‘*verdade formal*’, restringindo e controlando o poder discricionário⁵⁰⁸ do Estado-juiz tanto na formulação do desvio punível, quanto na forma de sua comprovação processual⁵⁰⁹.

Camaño Vieira assevera:

En lo relativo a *definición legislativa*, el modelo garantista da lugar a una epistemologia basada en el *concencionalismo penal* y el principio de *estricta legalidad*. Este principio exige, por un lado el carácter *formal o legal* de la defición del delito y por el outro el carácter *empírico o fáctico* de las hipótesis legalmente definidas. Esto es: sólo podem ser relevantes penalmente los comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables y adscribibles a la culpabilidad de un sujeto. Por tanto, el delito es producto es producto de una *convención* cuya fuente de legitimidade no es la ‘verdad moral’ del legislador sino solamente su autoridad. Ello torna aplicable la máxima hobbesiana según la cual ‘no es la sabiduría, sino la autoridad quien hace la ley’ (*Auctoritas, non veritas facit legem*).⁵¹⁰

Esse resgate do pensamento *Iluminista*, contudo, não retoma o ideal de perfeita correspondência (**Beccaria**) – verdade espelho da realidade – entre as regras penais e os fatos comprovados judicialmente, tão a gosto dos herdeiros da lógica formal, uma vez que a “*aplicação mecânica da lei é uma ingenuidade filosófica viciada pelo realismo metafísico*.”⁵¹¹

2 – Evidentemente que os ‘obstáculos epistemológicos’ (**Bachelard**) se mostram presentes na construção do *regime de verdade* do Processo Penal e sempre há espaço de *poder* dentro do procedimento⁵¹². A teoria Garantista indica *quatro* tipos de *poder*: a) *poder de denotação*; b) *poder de comprovação probatória*; c) *poder de conotação*; d) *poder de disposição ético-política*⁵¹³. Acolhida a existência

⁵⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 39: “De forma sintética, pode-se dizer que o juízo penal – como ademais toda atividade judicial – é um ‘saber-poder’, quer dizer, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*). Em tal entrelaçamento, quanto maior é o poder tanto menor será o saber, e vice-versa.”

⁵⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 39: “De acordo com isso, diremos que as garantias legais e processuais, além de garantias de liberdade, são também garantias de verdade; e que ‘saber’ e ‘poder’ concorrem em medida diversa no juízo, segundo aquelas sejam mais ou menos realizáveis e satisfeitas.”

⁵¹⁰ CAMAÑO VIEIRA, Diego. El proceso extraordinario del nuevo CPP: un enfoque garantista. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 3, p. 22-39, 2001.

⁵¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 39.

⁵¹² DUCLERC, Elmir. *Prova Penal e Garantismo*: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 109-143.

⁵¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 34: “Podemos chamar de poder de cognição a soma dos três primeiros poderes acima enumerados: do poder de indicação jurídica, do poder de verificação fática e do poder de conotação equitativa. A hipótese de trabalho que aqui será desenvolvida é que, enquanto os três espaços que constituem o poder de cognição são de certa forma irreduzíveis e fisiológicos, o espaço deixado em aberto ao poder de disposição é o produto patológico de desvios e disfunções politicamente injustificadas dos três primeiros tipos de poder.”

de quatro espaços de poder do julgador no âmbito da epistemologia garantista⁵¹⁴, **Ferrajoli** procura racionalizá-los, reconhecendo a inafastabilidade destes no que se refere à decisão sobre a ‘verdade processual’. Todavia, para dar conta desse poder e controlá-lo, busca inutilmente fixar os contornos da ‘Teoria do Significado’ e da ‘Teoria da Prova’, porque a linguagem escorre, o sentido migra nos contextos (Cap. 5º).

3 – Sobre a teoria do *significado*, **Ferrajoli** defende o controle *semântico* temperado com a *verificabilidade* das condutas imputadas, na pretensão de saber “*exatamente ao que nos referimos com as palavras que nela utilizamos.*”⁵¹⁵ Assim é que, invocando a lição de **Frege**, aproxima-se do ‘Círculo de Viena’ na conformação entre denotação/extensão e conotação/intensão, culminando em dizer que: “*em todo caso, um signo, seja um predicado, um sujeito ou um enunciado, ‘denota’ sua extensão e ‘conota’ sua intensão.*”⁵¹⁶ Sua pretensão retoma, desta feita, com o recheio do ‘positivismo lógico vienense’, o que **Beccaria** já havia ingenuamente pretendido:

Talvez esses inconvenientes passageiros obriguem o legislador a fazer, no texto equívoco de uma lei, correções necessárias e fáceis. Mas, seguindo a letra da lei, não se terá ao menos que temer esses raciocínios perniciosos, nem essa licença envenenada de tudo explicar de maneira arbitrária e muitas vezes com intenção venal. Quando as leis forem fixas e literais, quando só confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para decidir se tais atos são conforme ou contrários à lei escrita; quando, enfim, a regra do justo e do injusto, que deve dirigir em todos os seus atos o ignorante e o homem instruído, não for um motivo de controvérsia, mas simples questão de fato, então não mais verão os cidadãos submetidos ao jugo de uma multidão de pequenos tiranos, tanto mais insuportáveis quanto menor é a distância entre o opressor e o oprimido.⁵¹⁷

Consequência disso é que, para **Ferrajoli**, as palavras da lei devem evitar os termos *vagos* e *indeterminados*, cujo grau de ‘certeza/verificação’ reste prejudicado, uma vez que: “*Se aplicarmos esta teoria do significado à linguagem penal, diremos que uma tese judicial é verificável e falseável se (e apenas se) os termos nela empregados forem providos de extensão determinada, quer dizer, já que a extensão*

⁵¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 96: “O poder de denotação ou de verificação jurídica, o poder de comprovação probatória ou de verificação fática, o poder de conotação ou de discernimento equitativo e o poder de disposição ou de valoração ético-política.”

⁵¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 96.

⁵¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 97.

⁵¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Flório de Angelis. Bauro: Edipro, 1993, p. 21.

*está determinada pela intensão, se e apenas se suas intensões estiverem definidas de maneira clara e precisa.*⁵¹⁸

4 – Esta necessidade de *certeza semântica* – criticada adiante –, dá-se tanto no caso das condutas regulativas previstas em lei, como também no caso das comprovações fáticas, durante a instrução probatória, diante da existência destes mesmos *prejuízos semânticos* no âmbito da linguagem comum. O controle, pois, precisa se dar em ambos os lados: no plano normativo penal e nos processos judiciais (depoimentos, termos, laudos, etc).

§ 10 – Garantismo e ‘Círculo de Viena’: o velamento

1 – Procurando explicitar sua proposta, **Ferrajoli** assinala em que hipóteses pode-se lançar mão do ‘predicado verdadeiro’, inserindo-se, desta feita, numa visão dissociada da *verdade fundante*, diferenciando, para tanto, dois momentos constitutivos da decisão judicial vinculada ao *Princípio da estrita legalidade*: a) a *validade da decisão*; e b) a *verdade da motivação*. Nesse caminhar, o juiz decomporá sua análise do caso específico em duas proposições: ‘*fática/de fato*’ e ‘*jurídica/de direito*’. Em qualquer das hipóteses, entretanto, a verificação empírica em face da prova produzida e do direito – previsão legal – estariam garantidas, mediante declarações predicativas de verdade/falsidade⁵¹⁹.

Por exemplo, ‘a oração ‘a neve é branca’ é verdadeira se, e somente se, a neve é branca’. Se aplicarmos esta equivalência ao termo ‘verdadeiro’, tal como é predicável da proposição fática e da jurídica, nas quais pode ser decomposta a proposição ‘Tício cometeu culpavelmente tal fato definido na lei como delito’, obteremos, por substituição, as duas seguintes equivalências: a) a proposição *Tício cometeu culpavelmente tal fato* é verdadeira se, e somente se, Tício cometeu culpavelmente tal fato; e b) a proposição *tal fato está definido na lei como delito* é verdadeira se, e somente se, tal fato está definido na lei como delito. Estas duas equivalências definem, respectivamente, a *verdade fática* e a *verdade jurídica*, a respeito das quais servem para esclarecer as diversas referências semânticas, que no primeiro caso são os *atos* ocorridos na realidade e no segundo as *normas* que a eles se referem.⁵²⁰

⁵¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 98.

⁵¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 40: "Precisamente, a verdade da primeira é uma verdade fática, enquanto seja comprovável pela prova da ocorrência do fato e de sua imputação ao sujeito incriminado; a verdade da segunda é uma verdade jurídica, enquanto seja comprovável por meio da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito. A comprovação de uma das proposições é uma ‘*quaestio facti*’, resolúvel por via indutiva conforme os dados probatórios, enquanto a outra é uma ‘*quaestio juris*’, resolúvel por via dedutiva conforme o significado das palavras empregadas pela lei."

⁵²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 41.

2 – A influência do *falsificacionismo* de **Popper** (Cap. 2º) é expresso no modelo ‘epistemológico do garantismo’, uma vez que **Ferrajoli** se abraça com uma verdade contingente⁵²¹, sempre sujeita aos elementos ‘conhecidos’ dos fatos, não caindo na armadilha da ‘Verdade Real’, já que “*no plano semântico, com efeito, a verdade das teses judiciais não difere em princípio da verdade das teorias científicas.*”⁵²²

3 – Sobre os limites da ‘verdade processual’, **Ferrajoli** enuncia *quatro* razões para reconhecer seu caráter aproximativo. As duas primeiras são apontadas como o caráter irredutivelmente provável da verdade fática e o inevitavelmente opinativo da verdade jurídica das teses judiciais. O Processo Penal, por ser uma atividade cognitiva, histórica, de fatos ocorridos no passado, impede que seja confirmado pela experiência direta, movendo-se no campo da linguagem jurídica mediante a *classificação* do que for comprovado anteriormente⁵²³, conforme as regras do jogo processual.

Em face da prova validamente produzida lançam-se pretensões de validade intersubjetiva, normalmente contrárias, invocadas pelas partes do processo (Cap. 7º), cabendo ao julgador, segundo **Ferrajoli** “*a tarefa da investigação judicial, igualmente à de qualquer outro tipo de investigação ou explicação, é eliminar o dilema em favor da hipótese mais simples, dotada de maior capacidade explicativa e, sobretudo, compatível com o maior número de provas e conhecimentos adquiridos com anterioridade.*”⁵²⁴

⁵²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 42: “A ‘verdade’ de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. Para expressar esta relatividade da verdade, alcançada em cada ocasião, pode-se muito bem usar a noção sugerida por Popper de ‘aproximação’ ou ‘acercamento’ do verdade objetiva, entendida esta como um ‘modelo’ ou uma ‘idéia reguladora’ que ‘somos incapazes de igualar’, mas da qual podemos nos aproximar, sob a condição, não obstante, de que não se associem a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial, mas apenas o papel de um princípio regulador que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior ‘poder de explicação’ e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso.”

⁵²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 42.

⁵²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 44: “‘Tício causou culpavelmente em Caio uma ferida que se curou em dois meses’, o juiz não pode experimentar diretamente a agressão de Tício, que, enquanto passada, é desde logo, inacessível à experiência, mas só pode captar sinais de lesões, históricos clínicos, peças de convicção, informações e similares, que lhe permitem reconstituí-la.”

⁵²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 44-45.

4 – Acrescente-se a terceira razão dos limites da verdade processual, materializada pela impossibilidade de ‘neutralidade’ do órgão julgador (Cap. 6º), de certa forma – para **Ferrajoli** –, contidos semanticamente, dado que “*por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos. A imagem proposta por Beccaria do juiz como ‘investigador imparcial do verdadeiro’ é, sob este aspecto, fundamentalmente ingênua.*”⁵²⁵

5 – O quarto fator de divergência situa-se no caráter *autoritativo e convencional* das regras processuais tendentes à produção de provas que, conjugadas com a *livre apreciação do juiz*, ao contrário da prova tarifada do medievo, regulam a validade da produção probatória, restringindo normativamente o entranhamento de elementos probatórios adquiridos no decorrer do processo (preclusão, número de testemunhas, valor relativo da confissão, dentre outras regras).

§ 11 – A construção da decisão penal: as inferências

“A repressão à criminalidade é uma necessidade de qualquer sociedade. Deve ser efetivada com presteza, seriedade e rigor. Mas há limites muito nítidos. Qualquer transigência, aqui, é o sacrifício do Direito no altar das circunstâncias.” **Luís Roberto Barroso**

1 – Estes quatro *obstáculos epistemológicos* (**Bachelard**), uma vez acolhidos, impedem a manutenção da convicção/fé da *verdade como correspondência*. Entretanto, diante do desconhecimento de modelo alternativo, os atores jurídicos se espantam e rejeitam esta razão de limitação⁵²⁶, retornando aos braços da ‘*verdade fundante*’, na via dos recursos retóricos e decisionistas, muito em nome da ‘segurança jurídica’ e da ‘paz social’ (Cap. 6º).

⁵²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 46.

⁵²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 51: “A rigor, se se pensasse que o juízo penal devesse alcançar a verdade ‘objetiva’ e se tomasse ao pé da letra o princípio *in dubio pro reo*, as margens irreduzíveis de incerteza, que caracterizam a verdade processual, deveriam comportar a ilegitimidade de qualquer condenação e, portanto, a paralisia da função judicial. Ou, ao contrário, poderiam gerar um resignado cepticismo judicial, disposto a afastar como ilusória qualquer pretensão de perseguir a verdade no processo e a avalizar modelos de direito e de processo penal abertamente substancialistas e decisionistas.”

Rejeitando, pois, o ‘*silogismo prático perfeito*’ de **Beccaria**⁵²⁷, **Ferrajoli** propõe um modelo de racionalidade judicial baseado em *três inferências*: a) *inferência indutiva* (de fatos/provas); b) *inferência dedutiva* (dedução legal); e c) *silogismo prático* (de disposição/aplicação). A regularidade das duas primeiras inferências é que legitimará a sanção imposta no terceiro momento, conforme a *singularidade* do caso. Aplicada uma sanção ao arrepio dos dois primeiros momentos, esta será arbitrária e incontrolável epistemologicamente. Com esse modelo de ‘verdade processual’, busca-se relegitimar a racionalidade das decisões penais.

2 – Cabe esclarecer que mesmo uma instrução processual totalmente concorde, desde a confissão do acusado, prova testemunhal, prova pericial, tudo, enfim, no sentido da responsabilidade do agente, pode, em tese, servir para objetivos escusos, como a prática está pululada de exemplos, tendo razão **Ferrajoli** ao afirmar que “*não existem, a rigor, provas suficientes.*”⁵²⁸ Entretanto, segundo ele, é possível a confirmação da acusação por elementos seguros, geradores de *certeza*, sem se dar conta de que não se trata de verdade.

Nesse trilhar, e dentro de um processo ‘acusatório’ – princípio dispositivo – a tecnologia processual pressupõe no tocante à indução probatória:

1) o ônus da ‘acusação’ de produzir dados ou fatos probatórios que tenham o valor de confirmações necessariamente conseqüentes acerca da hipótese acusatória e generalizações ou ‘máximas da experiência’ que os liguem a ela; 2) o direito de ‘defesa’ de invalidar tal hipótese, contraditando-a mediante contraprovas compatíveis apenas com hipóteses alternativas, as quais por sua vez a acusação tem o ônus de invalidar; 3) a faculdade de o ‘juiz’ aceitar como convincente a hipótese acusatória (não se, mas) apenas se concordante com todas as provas e resistente a todas as contraprovas coletadas.⁵²⁹

3 – Superada, ademais, as fases dos ‘juízos de Deus’ e a ‘prova tarifada’, por força da evolução humanista e da Revolução Francesa, a produção probatória

⁵²⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas...*, p. 20: “O juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não a lei; a *conseqüência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro.”

⁵²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 109.

⁵²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 116.

mereceu maior cuidado democrático⁵³⁰, evoluindo para a *‘livre convicção do juiz’* que, todavia, serviu e serve de elemento *retórico* para superação das dificuldades epistemológicas do *indutivismo*, acrescido, ainda, da adoção generalizada do ‘Sistema Misto’, com a confusão entre acusação e julgador no que se refere à gestão da prova.

Ciente dos ‘obstáculos epistemológicos’ indicados por **Ferrajoli**, bem assim de que o verificável, no fundo, são ‘graus de probabilidade’, surge a indagação sobre a instrução probatória: *“quais são as provas e as contraprovas necessárias que permitem sua justificação, ainda que só relativa?”*⁵³¹ A resposta está ligada à adequação do sistema concreto ao SG, especialmente as *‘garantias processuais’* balizadores da construção da ‘verdade processual’. Em que condições, pois, pode-se garantir: a) a necessidade de prova/verificação; b) contraprova/refutação; e c) o erro e arbitrariedade da decisão sobre a ‘verdade processual’, proferida por um juiz imparcial.

Mostra-se impossível a fixação *a priori* de um ‘grau objetivo’ de probabilidade, eis que esta dependerá dos fatores concretos, ou seja, da ‘singularidade’ do ‘caso penal’ em análise. De outro lado, a par do caráter decisionista do ‘grau subjetivo’, pode-se recuperar sua racionalidade a partir da diferenciação entre ‘significado’ e ‘critérios’ de verdade, articulados pela ‘coerência da hipótese acusatória’ com a prova produzida e sua ‘aceitabilidade justificada’, após um processo jurisdicional em que esteja presente o contraditório. Munindo-se dessas condições, estariam – para o SG – garantidos epistemologicamente os requisitos para construção da ‘verdade processual’, diminuindo o grau de decisionismo do juiz em sua ‘íntima convicção’.

4 – Importante colocar em relevo a terceira fase do raciocínio empreendido por **Ferrajoli**: a do ‘silogismo prático’, no qual a atividade jurisdicional aquilatará a dimensão (gravidade) da infração, insuscetível de ser prevista totalmente pela lei, surgindo o que ele denomina *‘eqüidade do juízo’* ou *‘poder de conotação’*: *“A eqüidade serviria, assim, para preencher a distância entre a abstração do pressuposto típico legal e a concretização do caso em julgamento.”*⁵³²

⁵³⁰ BACILA, Carlos Roberto. Os princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 75-110.

⁵³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 118.

⁵³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 125.

Neste espaço, no qual a ‘eqüidade’ é redefinida, a singularidade do caso restaria analisada; a ‘conotação’ da regra geral ao caso específico, ‘as características acidentais’: o mesmo ‘roubo’ ou ‘lesão corporal’ não pode(ria)m ser tratados de forma uniforme, uma vez que aquele pode ser de um ‘*relógio*’ ou de um ‘*cofre de ouro*’, enquanto este pode ser um ‘soco’ ou uma ‘*lesão permanente*’; as ‘circunstâncias do delito’, pois, no ‘juízo de eqüidade’ mostram-se relevantes no terceiro momento do raciocínio proposto (Cap. 8º):

Em conseqüência, tornam-se desacreditados muitos equivocados paradigmas que apóiam, de vários modos, as distorções práticas do uso judicial. O ditado *dura lex, sed lex* e, pior, a máxima *summum jus, summa injuria* não podem ser uma senha para a dureza ou a iniquidade do juízo, mas apenas imagens contra a obtusidade dos juizes. A eqüidade não pode ser invocada para ultrapassar a lei, senão apenas para aplicá-la.⁵³³

A evidência desse poder encontra materializado principalmente no momento da ‘aplicação da pena’, em que o rol de agravantes e atenuantes funciona como mecanismo de adequação do injusto à pena. Igualmente se apresenta na avaliação do ‘Princípio da Insignificância’. Sujeita-se, evidentemente, à formação pessoal do julgador⁵³⁴, apesar da tentativa do Sistema Garantista (SG) de salvar esse poder através da invocação dos atributos *sensibilidade, moralidade e inteligência* do juiz, reeditando o *solipsismo*⁵³⁵. Aduz Ferrajoli: “Certamente, a compreensão eqüitativa requer também conotações valorativas e por isso discricionárias. Mas esta específica discricionariedade judicial (a única forma de discricionariedade) é plenamente legítima e pertinente, ao ser uma dimensão epistemológica constitutiva da jurisdição.”⁵³⁶

5 – Nesse poder discricionário, reconhecido como existente nos sistemas penais concretos, Ferrajoli se contrapõe ao uso do que denomina de ‘valores

⁵³³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 131.

⁵³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 132: “É, assim, através dela que se realiza o respeito à pessoa humana em julgamento, que no ordenamento italiano, como em outros, não é apenas um princípio racional e moral, mas também um princípio jurídico constitucional. É nela que se manifesta a sensibilidade, a inteligência e a moralidade do juiz.”

⁵³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 132: “Ainda menos reflete a subjetividade emocional e parcial do juiz. Ao contrário, é o produto de um esforço intencional do juiz dirigido a prescindir o mais possível de suas ideologias pessoais, de seus preconceitos e de suas inclinações para ‘compreender’ ou participar das ideologias, inclinações e condicionamentos do sujeito em julgamento. Neste sentido, a eqüidade é também uma condição da imparcialidade do juiz. É iníquo não só o juiz obtuso, que não sabe captar as conotações específicas do caso julgado, mas também o que faz pesar sua subjetividade no julgamento, sem conseguir e talvez sem sequer tentar desprender-se dela para compreender a do acusado.”

⁵³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 131-132.

políticos' ou 'ético-políticos' no preenchimento das lacunas semânticas da lei penal, exemplificando com o ato *obsceno* e o *vilipêndio*, devendo declarar inconstitucional os tipos penais, até porque falta 'legitimidade democrática' para o juiz legislar. De qualquer forma, o preenchimento – ou a negativa, via declaração de inconstitucionalidade – desses espaços de discricionariedade, por certo será colmatado pelo sujeito juiz, que não é 'neutro' como queria o *paleopositivismo*, encontrando-se inserido no mundo da vida⁵³⁷: “Com efeito, porque em nenhum sistema o juiz é uma máquina automática, concebê-lo como tal significa fazer dele uma máquina cega, presa da estupidez ou, pior, dos interesses e dos condicionamentos de poder mais ou menos ocultos e, em todo caso, favorecer sua irresponsabilidade política e moral.”⁵³⁸

6 – Em linhas gerais, pois, o Sistema Garantista (SG) está fortemente influenciado pelo 'positivismo lógico', eclipsado no 'rigor semântico', desconsiderando que a linguagem não é esse terceiro capaz de conferir a segurança pretendida (Cap. 5º), sendo que, ademais, o sujeito julgador, o magistrado, não está, como quer **Ferrajoli**, alheio ao desenrolar ideológico, desprovido de condições de se demitir de si mesmo no *ato decisório* (Cap. 1º). Consequência disto é que, na seqüência, os limites serão apontados, sem a pretensão de que a crítica se esgote, nem de construir um modelo substitutivo, por não se acreditar, ademais, na possibilidade. O que resta, assim, é o deslizar nos significantes.... (Cap. 9º).

⁵³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 139: “Ao realizar as escolhas impostas por estes espaços de discricionariedade, o juiz em particular jamais será neutro, se não se entender por ‘neutralidade’ apenas sua honestidade intelectual e seu desinteresse pessoal em relação aos interesses concretos da causa, mas uma impossível ausência de valorações ou uma apoliticidade das opções e uma ilusória objetividade dos juízos de valor.”

⁵³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 140.

Capítulo 5º – Limites à Epistemologia Garantista

“A razão está em que o sentido de uma obra (ou dum texto) não pode fazer-se sozinho.” Barthes

§ 1º – Ferrajoli e o ‘Círculo de Viena’: o desvelamento

“Existe uma doxa no coração da episteme: o sentido comum teórico.” Warat

1 – O ‘Círculo de Viena’⁵³⁹, dando ênfase ao ‘empirismo’, recusa a pretensão *Metafísica*, entendida como qualquer afirmação advinda de um ‘*a priori*’ (**Kant**), não se podendo conhecer nada sem controle empírico. Para tanto, a análise da *linguagem* ocupa um lugar destacado e como a linguagem coloquial é imperfeita, é necessária a construção de ‘sistemas lingüísticos artificiais’ a partir de regras precisas (**Carnap**)⁵⁴⁰. Preocupando-se, marcadamente, com a ‘semântica’ e a ‘sintaxe’, o ‘Círculo de Viena’ ressaltou a distinção entre *linguagem-objeto* e *metalinguagem*, sendo a primeira construída artificialmente a partir dos critérios estabelecidos pela segunda, ou seja, para se falar de *linguagem-objeto* é preciso a fixação de uma *metalinguagem*. De sorte que independentemente da postura hermenêutica a se optar, a discussão sobre as expressões empregadas no entendimento intersubjetivo, a ‘teoria do significado’ mostra-se como condicionante da possibilidade científica.

Para o ‘Círculo de Viena’, a *cientificidade* somente estará garantida sob a condição de que todas as proposições sejam intersubjetivamente verificáveis. Este postulado da verificabilidade, pois, é inafastável aos seus adeptos. O ‘valor verdade’ somente é aceito se cumpridas as exigências dos critérios empíricos para seu alcance, acompanhados de exatidão do método de verificação. O positivismo lógico

⁵³⁹ STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea*: introdução crítica. Trad. Adaury Fiorotti. São Paulo: EPU, 1977. v. 1, p. 274-400.

⁵⁴⁰ STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea...*, p. 306: “No Círculo de Viena, defendeu-se vigorosamente a idéia de uma *ciência unitária*, insistindo-se na formulação de uma *linguagem unitária da ciência*, na qual cada asserção científica pudesse ser enunciada. Uma tal linguagem deveria preencher duas condições: primeiramente, ser *intersubjetiva*, isto é, uma linguagem acessível a todos e cujos símbolos possuíssem a mesma significação para qualquer pessoa; em segundo lugar, ser uma *linguagem universal*, na qual todo e qualquer estado de coisas pudesse ser expresso.”

navega por estas águas ao pretender que o rigor lingüístico seja a garantia científica do Direito.

2 – É bem evidente, como se mostrou no Capítulo anterior, que **Ferrajoli** é herdeiro do ‘Círculo de Viena’, consoante resta avivado na pretensão de que o rigor semântico das proposições seja o elemento salvador do Sistema Garantista (SG); tanto que afirma:

Legalidade (apenas) no sentido lato e legalidade (também) no sentido estrito se configuram conseqüentemente como duas tecnologias penais distintas, caracterizadas por condições diversas, impostas pela semântica da linguagem penal à validade das proposições judiciais nela formuladas. Mediante uma fórmula sintética se pode dizer que a jurisdição consiste no *uso* dos conceitos dos quais o legislador estipula as *regras de uso*; (...) Deste modo, quanto mais precisas sejam as definições dos pressupostos típicos abstratos ditados na lei, de conformidade como princípio de legalidade estrita, tanto mais determinados serão os pressupostos típicos concretos aos quais aquelas se referem a tanto mais nelas subsumíveis mediante proposições verdadeiras ou falsas e, antes mesmo, verificáveis e falseáveis.⁵⁴¹

Assim é que a proposta do ‘Círculo de Viena’ se ajusta à preocupação de **Ferrajoli** em conhecer mais precisamente a estrutura da linguagem jurídica, fixando seus contornos *semânticos*, e se constitui numa preocupação democrática, inclusive sendo um dos pressupostos da ‘razão comunicativa’ *habermasiana*, desde que temperada com o critério de validade de **Dussel** (Cap. 7º). É que o ‘entendimento’ sobre os termos manejados pressupõe a ‘semântica’, até porque a linguagem não é algo dado, mas construído, sendo, ademais, insuscetível de constatação de sua ‘origem primeira’, de sua ‘causalidade’, da ordem do *Real* (**Lacan**), reafirme-se.

No Direito Processual e Penal, por certo, esse controle lingüístico é tarefa democrática inafastável, já que o Direito possui um objeto construído artificialmente e a maneira pela qual são formalizadas as normas jurídicas, especialmente no direito penal – seu caráter deôntico –, exigem uma rejeição das conotações e denotações vulgares, isto é, sem controle legal (leia-se, por lei). Com isso, os produtos da fantasia, do imaginário, seriam limitados por uma tecnologia que, de um lado, regularia a previsão das condutas proibidas – ‘princípio da estrita legalidade’ –, evitando a confusão entre *Direito* e *Moral*, e, por outro, estabeleceria um método

⁵⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 77.

próprio – Processo Penal munido das garantias ‘penais’ e ‘processuais’ –, capaz de avalizar o resultado ‘científico’ da indução probatória⁵⁴².

3 – Até aí há que se concordar com o Sistema Garantista (SG). Não se pode invocar no Direito Penal a simples existência formal do ‘tipo penal’, tido como um verdadeiro *a priori*, eis que sem um critério para controle de sua legitimidade, indicado no garantismo pelo ‘princípio da estrita legalidade’, as expressões fundamentadoras da construção, como ‘bem jurídico’, ‘ação’, ‘prova’, dentre outras, ficam à deriva de capturas semânticas advindas da linguagem coloquial e deixam a céu aberto – como no ‘esquizofrênico’ fica o *inconsciente* – as apreensões de sentido, sujeitas mais ao *Imaginário* do que ao *Simbólico*. Enfim, não existe o ‘previamente dado’ em Direito.

Rejeitando uma ‘carência de precisão’, **Ferrajoli** exige um refinamento de ‘definições legais’ e ‘explicação dos conceitos’, devendo-se indagar no Processo Penal: “Como se verifica este ‘tipo penal’?” Se a resposta puder ser empiricamente comprovável, poderá ser considerada semanticamente legítima, preenchendo o requisito do ‘princípio da estrita legalidade’; caso contrário, sua impossibilidade cognitiva leva à sua deslegitimação. Mesmo que estejam previstos formalmente em lei, são ‘pseudo-tipos penais’ porque se não submetem à condição preestabelecida de atribuição do ‘valor verdadeiro/falso’. Diferentemente do *empirismo científico geral*, no aplicado ao Direito Penal, a possibilidade de *verificação* deverá ser em sentido *empírico*. Tipos penais ‘morais’ e ‘sem ação’ encontram-se na seara das *proposições metafísicas de sentido*, ingenuamente aceitas, mas democraticamente ilegítimas.

Por isso o rigor lingüístico propugnado por **Ferrajoli** é condição necessária, mas não suficiente⁵⁴³, para legitimidade das imposições penais, principalmente pelas próprias limitações da ‘semântica’ e da ‘Filosofia Analítica’, as quais subestimam a ‘Pragmática’, a ‘Filosofia da Linguagem’ e a ‘Psicanálise’. Contudo, não se pode retirar o mérito desse avanço procedido pelo Sistema Garantista (SG) e plenamente

⁵⁴² CAMAÑO VIEIRA, Diego. El proceso extraordinario del nuevo CPP: un enfoque garantista..., p. 23: “En lo que tiene que ver con la *comprobación jurisdiccional*, el modelo garantista se basa en el *cognoscitivismo procesal* y el principio de *estricta jurisdiccionalidad*. Este principio exige, por un lado, la posibilidad de *verificar o refutar* las hipótesis acusatorias y por el otro, que exista una *prueba empírica*, de modo que las hipótesis acusatorias puedan ser sometidas a verificación y expuestas a refutación.”

⁵⁴³ VILLA, Vittorio. Garantismo e verificazionismo, validità e vigore. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.) *Le ragioni del garantismo*: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 173.

exigível em *terra brasilis*, sem prejuízo de – assevera **Rocha** – “colocar-se em cheque as teorias sobre a linguagem-signo, apoiadas na idéia de conceito e na supressão dos códigos de significação emergentes das dimensões extra-conceituais dos processos de significação.”⁵⁴⁴

§ 2º – *Semiologia*: **Barthes** com **Saussure**: em busca de (e não do) sentido.

“O poeta é um fingidor/ Finge tão completamente/ Que chega a fingir que é dor/ A dor que deveras sente.” **Fernando Pessoa**

1 – O discurso jurídico encontra-se vertido em linguagem, justificando, assim, a aproximação da *Semiologia* de **Saussure** e da *Semiótica* de **Pierce**, aceitando-se o convite de **Barthes** para, depois, demonstrar como a ‘viragem lingüística’ modifica significativamente a concepção hermenêutica. Esse caminho constitui-se em um passo a mais, preparando o terreno para a questão hermenêutica.

Neste contexto, discuti-se a contribuição de **Barthes** com **Saussure** para linguagem jurídica, estabelecendo-se os conceitos básicos, necessários à compreensão da estrutura da *Semiologia* de **Saussure**⁵⁴⁵, manejada corriqueiramente, mesmo que – na maioria – se desconheça os fundamentos. Por isto a explanação, neste ponto, será um pouco mais extensa. Atrevimento e infidelidade: duas características presentes na obra de **Barthes** que devem avivar a atuação de quem corre o risco de *dançar* com seu trabalho. Aliás, ser fiel demais aos seus escritos seria uma infidelidade imperdoável para com o próprio autor: o texto precisa transbordar os limites de uma mera descrição/resumo; deve ser mais⁵⁴⁶; precisa trazer consigo o paradoxo voluntário do gozo/pânico instalado de forma renitente, reinstalando a *falta*.

2 – Alinhavando um ponto de partida, **Barthes**, em ‘*Elementos de Semiologia*’, resgata a contribuição de **Saussure**, no qual busca apontar os

⁵⁴⁴ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia...*, p. 16.

⁵⁴⁵ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. Trad. A Chelini *et alii*. São Paulo: Cultrix, 1989.

⁵⁴⁶ BARTHES, Roland. *Crítica e verdade*. Trad. Leyla Perrone-Moyses. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 21: “Ninguém pode pois escrever sem tomar apaixonadamente partido (qualquer que seja o distanciamento aparente de sua mensagem) sobre tudo o que vai bem ou vai mal no mundo; as infelicidades e as felicidades humanas, o que elas despertam em nós, indignações, julgamentos, aceitações, sonhos, desejos, angústias, tudo isso é a matéria única dos signos, mas esse poder que nos parece primeiramente inexprimível, de tal forma é primeiro, esse poder é imediatamente apenas o nomeado.”

conceitos analíticos⁵⁴⁷ da *Semiologia* (vocabulário), “sem o qual a invenção da pesquisa não seria possível”⁵⁴⁸. Com sua ciência geral dos signos – *Semiologia* – **Saussure** pretendeu aprofundar os questionamentos sobre os sistemas de significados para além da fala e da escrita, conjugando suas (dis)junções. **Barthes** adota essa ordem inicial e provisória como condição de possibilidade do pensamento *estruturalista*⁵⁴⁹, afirmando que **Saussure** “decidiu escolher um fio, uma pertinência (a do sentido) e desenrolar esse fio: assim se construiu o sistema da língua.”⁵⁵⁰

Superando a percepção de que a escrita é o marco inicial da linguagem, demonstra a existência de outros sistemas de significação. Mas, no atual estágio da civilização, a sociedade está vinculada sobremaneira à escrita⁵⁵¹. A influência da divisão *platônica* se manifesta na ânsia pela busca da *essência verdadeira* da substância/coisa. Contudo, essa percepção é um tanto quanto deslocada para construção do *significado*, uma *metalinguagem*, erguida sobre a linguagem, “mas nunca sem ela.”⁵⁵²

Aponta a dicotomia conceitual entre *língua/fala* apresentada por **Saussure**, como sendo a grande novidade em relação à lingüística antecedente. A *fala* é um ato individual da linguagem, sem guardar total equivalência com a *língua* (ato coletivo). Dito de outro modo: a língua como construção coletiva dá condições de sentido à fala (de reconhecimento), sem que sejam, todavia, iguais. “A língua, é então, praticamente, linguagem menos a fala.”⁵⁵³ A língua é uma construção social,

⁵⁴⁷ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 13: “Um conceito, certamente, não é uma coisa, mas não tampouco somente a consciência de um conceito. Um conceito é um instrumento e uma história, isto é, um feixe de possibilidades e de obstáculos envolvido num mundo vivido.”

⁵⁴⁸ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 8.

⁵⁴⁹ Entende-se Estruturalismo como o contraponto das visões epistemológicas que relacionam a história da ciência como expressão de uma mente, no qual a história constrói a estrutura intelectual que a compreende. O passado deixa de ser compreendido em seus próprios termos, passando a ser visto em face das preocupações do presente. As relações diferenciais da estrutura não são anteriores à realização dessas relações.

⁵⁵⁰ BARTHES, Roland. *O grau zero da escrita*: seguido de novos ensaios críticos. Trad. Mario Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.183.

⁵⁵¹ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 12: “Cada vez mais difícil conceber um sistema de imagens ou objetos, cujos significados possam existir fora da linguagem. Perceber o que significa uma substância é, fatalmente, recorrer ao recorte da língua: sentido só existe quando denominado, e o rumo dos significados não é outro senão o da linguagem.”

⁵⁵² BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 12.

⁵⁵³ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 17.

na qual o sujeito sozinho não tem condições, nem de criá-la, nem modificá-la⁵⁵⁴. A criança, para **Barthes**, é o maior exemplo dessa situação. Para que suas assertivas sejam reconhecidas, tanto na escrita quanto na fala, há necessidade que saiba quais os códigos certos: corretos. Precisa conhecer para ter condições de reproduzir a linguagem. Sem esse processo, inexistente comunicação; não existe entrada no *registro do Simbólico* (Cap. 1º).

Desconsiderar a linguagem gera um discurso autista, sem reconhecimento: ensimesmado, já que inexistente propriedade privada no domínio da linguagem. O sujeito passa a fazer o discurso do *louco*: o *idioleto*⁵⁵⁵. Entre *língua* e *fala* instala-se uma certa *simbiose* lingüística. Em suma: “*não há língua sem fala e não há fala fora da língua.*”⁵⁵⁶ São ao mesmo tempo produto e instrumento de uma realidade lingüística.

3 – O *signo*, de seu turno, para **Saussure**, é formado pelo *significado* e pelo *significante*, possuindo como características a *arbitrariedade*⁵⁵⁷, *linearidade*⁵⁵⁸, *imutabilidade*⁵⁵⁹ e *mutabilidade*⁵⁶⁰. Esse princípio de dupla articulação, tal qual as duas faces de uma moeda ou a imagem acústica de um conceito, propiciam separar a unidade significativa⁵⁶¹. No *significado* se manifesta a representação psíquica das coisas, eis que a coisa em si, é inexprimível em linguagem. “*Não há analogia alguma*

⁵⁵⁴ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 18: “Trata-se essencialmente de um contrato coletivo ao qual temos de submeter-nos em bloco se quisermos comunicar; além disto, esse produto social é autônomo, à maneira de um jogo com as suas regras, pois só se pode manejá-lo depois de uma aprendizagem.”

⁵⁵⁵ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 18: “A fala é essencialmente um ato individual de seleção e atualização; constituem-na, primeiro, as ‘combinações’ graças às quais o falante pode utilizar o código da língua com vistas a exprimir o pensamento pessoal (poder-se-ia chamar de discurso esta fala desdobrada), e depois os ‘mecanismos psicofísicos que lhe permitem exteriorizar estas combinações.’”

⁵⁵⁶ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 19: “O plano dos significantes constitui o plano de expressão e o dos significados o plano de conteúdo.”

⁵⁵⁷ SAUSURRE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral...*, p. 81: “O laço que une o significante ao significado é arbitrário ou então, visto que entendemos por signo o total resultante da associação de um significante com um significado, podemos dizer mais simplesmente: o signo lingüístico é arbitrário.”

⁵⁵⁸ SAUSURRE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral...*, p. 84: “O significante, sendo de natureza auditiva, desenvolve-se no tempo, unicamente, e tem as características que toma do tempo: a) representa uma extensão; e b) essa extensão é mensurável numa só dimensão: é uma linha.”

⁵⁵⁹ SAUSURRE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral...*, p. 85: “Um indivíduo não somente seria incapaz, se quisesse, de modificar em qualquer ponto a escolha feita, como também a própria massa não pode exercer sua soberania sobre uma única palavra: está atada à língua tal qual é.”

⁵⁶⁰ SAUSURRE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral...*, p. 89: “O tempo, que assegura a continuidade da língua, tem um outro efeito, em aparência contraditório com o primeiro: o de alterar mais ou menos rapidamente os signos lingüísticos e, em certo sentido, pode-se falar, ao mesmo tempo, da imutabilidade e mutabilidade do signo. Em última análise, os dois fatos são solidários: o signo está em condições de alterar-se porque se continua. O que domina, em toda alteração, é a persistência da matéria velha; a infidelidade ao passado é apenas relativa. Eis por quê o princípio da alteração se baseia no princípio da continuidade.”

⁵⁶¹ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 43.

entre a palavra *boi* e a imagem *boi*, que é coberta por um *relatum*⁵⁶² *arbitrário* (processo de aderência do *significante* ao *significado*). Logo, o significado da palavra *boi* é a imagem mental (pessoal) construída/recordada e não o próprio animal; este somente pode ser definido (o que é?) dentro de um processo de significação e nunca isoladamente. O *significante*, por seu turno, é um mediador: “*pode-se dizer, pois, somente que a substância do significante é sempre material (sons, objetos, imagens)*.”⁵⁶³ Já a significação, “*pode ser concebida como um processo; é o ato que une o significante e o significado, ato cujo produto é o signo*”⁵⁶⁴, todavia, não esgota o processo de significação sempre sujeito a conotações, deslocamentos, manhas...

5 – **Barthes** apresenta os *dois eixos da linguagem*, afirmando que as relações capazes de unir dois termos desenvolvem-se nos seguintes planos: a) do *sintagma*: a relação do signo na sua extensão com o que antecede e o que segue; b) da *associação*: a relação do signo com as classificações estruturadas. Esta *associação* é de plano ‘associativo sistemático’ (estrutural)⁵⁶⁵. A frase que se expressa pela fala é o próprio tipo de *sintagma*, estando, portanto, muito próxima desta. A produção de sentido surge/aparece justamente do processo de dupla articulação. Em suma: “*é a própria definição de sintagma que tem de ser construída por uma substância que deve ser recortada*.”⁵⁶⁶ Apesar de a combinação de signos ser livre, inclusive com direito à comutação, para efeito de reconhecimento, é uma liberdade vigiada. O segundo eixo da linguagem é o *sistema*, elaborado a partir de campos associativos, determinados pela afinidade de sons (ensinamento, comedimento) ou por afinidade de sentido (ensinamento, educação). Aponta, ainda, a diferença entre *denotação* e *conotação*, indicando que o futuro é da *lingüística da conotação*⁵⁶⁷. Acredita, assim, com estes elementos, apresentar a *Semiologia* que objetiva a reconstrução do

⁵⁶² BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 41.

⁵⁶³ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 50.

⁵⁶⁴ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 51.

⁵⁶⁵ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 64: “As relações que unem dois termos lingüísticos podem desenvolver-se em dois planos, cada um dos quais engendra seus próprios valores (...) o primeiro plano é dos sintagmas; o sintagma é uma combinação de signos que tem por suporte a extensão; na linguagem articulada, essa extensão é linear e irreversível (‘é a cadeia falada’). (...) cada termo tira aqui seu valor da oposição ao que precede e ao que segue; na cadeia da palavra, os termos estão realmente unidos *in presentia* (...) o segundo plano é o das associações [no qual] os termos estão unidos *in absentia*; a atividade analítica que se aplica às associações e a classificação.”

⁵⁶⁶ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 69.

⁵⁶⁷ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 96: “A conotação, por ser ela própria um sistema, compreende significante, significado e o processo que une uns aos outros (significação), e é inventário destes três elementos que deveria primeiro empreender para cada sistema.”

funcionamento dos sistemas de significação estruturalista⁵⁶⁸. Adverte, por fim, que esse *corpus* é uma coleção finita de matéria, num contexto histórico, sujeita, pois, a mudanças, ao devir, ressaltando a percepção da influência do contexto histórico/temporal no sentido.

6 – A linguagem vista a partir de suas figuras e adereços, autoriza a conclusão de que a língua – “*um corpo de prescrições e de hábitos, comum a todos os escritores de uma época*”⁵⁶⁹ – não é objeto dos escritores por eleição, mas por compulsão/imposição. Paralelamente à definição lingüística agrega-se um estilo próprio/pessoal⁵⁷⁰. É a pitada pessoal secreta que gera o sentido: dá o *corpo* à linguagem. Dito de outra maneira: agregada à língua, produz o escrito: o *sintagma*. Tal qual dois cozinheiros que recebem os mesmos ingredientes, com o mesmo fogão e produzem dois pratos com sabores diferentes. O produto depende da pitada pessoal do cozinheiro. Na escrita o estilo é a pitada que *dá o sabor ao texto* e, no caso jurídico, na decisão.

Todavia, o escritor (e o ator jurídico) não tem liberdade para escolher os termos admitidos pelo contrato coletivo da língua, nem tem autonomia, para sozinho, inventar/criar novos termos, nem seu estilo pode ser modificado, senão por motivos inexplicáveis (surge e muda internamente, na subjetividade, no *inconsciente*), justamente pela tentativa de aprisionamento de sentido efetuado pela *semântica*, manifestado do Direito Penal pelo ‘Princípio da Legalidade’. A junção destes elementos aleatórios (fora do controle individual) aparece na escrita, sendo certa a possibilidade de emprego de *neologismos*, reinvenções⁵⁷¹, tão a gosto dos *pragmáticos*.

7 – Por sua importância no discurso jurídico, cabe destacar, com **Barthes**, que o ‘*grau zero da linguagem*’ seria um esforço de se desvencilhar/despir do poder

⁵⁶⁸ BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 103: “Reconstruir o funcionamento dos sistemas de significação diversos da língua, segundo o próprio projeto de qualquer atividade estruturalista, que é construir um simulacro dos objetos observados.”

⁵⁶⁹ BARTHES, Roland. *O grau zero da escrita...*, p. 9.

⁵⁷⁰ BARTHES, Roland. *O grau zero da escrita...*, p. 10-11: “Seja qual for seu refinamento, o estilo tem sempre algo de bruto: ele é uma forma sem destino, é o produto de um surto, não de uma intenção, é como uma dimensão vertical e solitária do pensamento. (...) ele é a ‘coisa’ do escritor, seu esplendor e sua prisão, é a sua solidão. (...) é a parte privada do ritual, ergue-se a partir das profundezas míticas do escritor, e se expande para fora de sua responsabilidade.”

⁵⁷¹ BARTHES, Roland. *O grau zero da escrita...*, p. 16: “A escrita é precisamente esse compromisso entre uma liberdade e uma lembrança (...) Todo vestígio escrito se precipita como um elemento químico inicialmente transparente, inocente e neutro, no qual a simples duração faz aparecer, pouco a pouco, todo um passado em suspensão, toda uma criptografia cada vez mais densa.”

da língua, adotando-se uma escrita branca/neutra. **Barthes** lembra que “o conceito de grau zero, oriundo da Fonologia, é de uma grande riqueza de aplicação; em Semântica, em que se conhecem signos-zero (fala-se de ‘signo-zero’ no caso em que a ausência de um significante explícito funciona, ela própria, como um significante), em Lógica (‘A’ está num estado zero, isto é, ‘A’ não existe efetivamente, mas sob certas condições podemos fazê-lo aparecer).”⁵⁷² Todavia, essa tentativa deixa evidente justamente o poder (violência) dos signos que, apesar de não representarem *nada*, estão prenhe de significância. Fabrica-se sentido com nada/tudo, numa estética discursiva, formadora do mito (alienante) do *grau zero*. Fácilmo de se vislumbrar nos termos utilizados pela lei, por exemplo, para decretação da prisão preventiva contidos no art. 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.” Daí em diante o preenchimento semântico é basicamente retórico (**Brum**). **Barthes** é perspicaz o suficiente para concluir que: “infelizmente nada é mais infiel do que uma escrita branca; os automatismos se elaboram no ponto mesmo em que se encontrava inicialmente uma liberdade, uma rede de formas enrijecidas aperta cada vez mais o frescor primeiro do discurso, uma escrita renasce no lugar de uma linguagem indefinida.”⁵⁷³ E isso opera matreiramente no discurso jurídico.

§ 3º – Semiótica em **Pierce**: breve olhar

1 – Na mesma toada, renegado o plano ontológico da *causalidade primeva*, **Pierce** construiu a *Semiótica*, na qual pretendeu estudar, também, os *signos*. Não mais verbais, como a *Semiologia*, mas qualquer linguagem, dado que dela não se escapa; o sujeito já está inserido. **Pierce** indicará três propriedades que caracterizam todas as experiências: a) *primeiridade*; b) *secundidade* e c) *terceiridade*. O *primeiro* como sendo algo que é presente e imediato, sem negação relacional, dado que aí já não seria. O *segundo*, por sua vez, seria a realidade que é

⁵⁷² BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia...*, p. 81.

⁵⁷³ BARTHES, Roland. *O grau zero da escrita...*, p. 70.

sensível e externa, que interage. Já o *terceiro* seria a síntese intelectual, produtora de um *signo*, de linguagem⁵⁷⁴.

Como bem assevera **Streck**, a contribuição de **Pierce** foi fundamental para a *viragem lingüística*, uma vez que *“todo o pensamento é signo; a palavra ou o signo que utiliza o homem é o homem mesmo; o pensamento é de natureza lingüística; não se pensa sem signos; o vir a ser de um interpretante é dependente do ser do signo, muito mais do que do ser de um ato de interpretação do signo.”*⁵⁷⁵ Assim é que, olhando para o fenômeno, sem mais a pretensão ontológica, **Pierce** irá construir essa *terceiridade* como o *signo* e a representação advinda dos dois momentos antecedentes, movimento que será depois retomado na perspectiva hermenêutica – ‘círculo hermenêutico’.

2 – Afirma **Santaella** que: *“Nessa medida, o simples ato de olhar já está carregado de interpretação, visto que é sempre o resultado de uma elaboração cognitiva, fruto de uma mediação sónica que possibilita nossa orientação no espaço por um reconhecimento e assentimento diante das coisas que só o signo permite.”*⁵⁷⁶ Logo, o *signo* nada mais é do que a representação de algo para alguém, em face de sua singularidade. Diz **Warat**: *“Segundo Pierce, é impossível ter em nossa mente uma idéia que se não encontre vinculada a efeitos sensíveis das coisas. Uma idéia é sempre uma representação de certos efeitos sensíveis.”*⁵⁷⁷

3 – Mas antes de se continuar, relevante adentrar, após a relação não mais ontológica (primeira) do *signo*, no caminho trilhado pela *viragem lingüística*. Isto porque o conceito de *compreensão* trazido por **Heidegger** e **Gadamer** se mostra como mediação necessária para introduzir a questão processual, na qual a linguagem desempenha um papel de absoluto protagonista.

§ 4º – **Wittgenstein**: no caminho da ‘viragem lingüística’

“Não diga: ‘Não há nenhuma última elucidação’. É exatamente o mesmo que dizer: ‘Não há nenhuma última casa nesta rua; pode-se sempre construir mais uma.’” Wittgenstein

⁵⁷⁴ PIERCE, Charles S. *Semiótica*. Trad. Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2000; SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 32-54.

⁵⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 141.

⁵⁷⁶ SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica...*, p. 51.

⁵⁷⁷ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984., p. 14.

1 – Precisa-se recorrer ao ‘*Tractatus Lógico-Philosophicus*’⁵⁷⁸ para se poder demonstrar a evolução do pensamento de **Wittgenstein**, eis que no *Tractatus* a *proposição* era considerada a partir de uma imagem estruturada e isomorfa dos fatos que representava a sua verdade, influenciada pela matemática, na qual a forma lógica era a garantia da possibilidade de se pensar e falar do mundo real. O sujeito seria plenamente consciente e não estaria inserido nas formas da vida, como quer ainda parte da *epistemologia* da *Modernidade*. A relação era sujeito-objeto.

2 – Nas ‘*Investigações Filosóficas*’⁵⁷⁹, **Wittgenstein** muda o foco da abordagem. A *proposição* passa a ser apenas uma hipótese da representação, a qual demanda um processo constante de reformulação. Não se vincula mais a uma isoformia primeva entre a proposição e o fato representado, dependendo agora fundamentalmente das circunstâncias em que ela é manejada, conforme o contexto. Não existe mais a prometida maneira formal de significação, uma vez que são as *formas de vida* que irão indicar o significado provisório, condicionado sempre ao decurso de tempo e aos contextos. Falar é só uma atividade humana, participante das ‘*formas de vida*’, tal qual comer, andar, jogar.

Não tem mais sentido, pois, indagar-se qual o *significado* de uma palavra, já que a resposta estaria assentada na falsidade da premissa, ou seja, na (im)possibilidade de uma resposta definitiva e única⁵⁸⁰. Ela depende dos *jogos da linguagem*, da maneira dinâmica pela qual será empregada na *praxis* da linguagem, não se podendo mais se buscar significações cristalinas e ideais. As *proposições*, pois, não dão mais a segurança lógica da *Matemática* ou da *Metafísica*, estando desde sempre incluídas na linguagem, única via de acesso ao significado provisório e sujeito a modificações, havendo, assim, a necessidade de se buscar unidades de outra ordem, outros critérios, indicados como sendo os *usos* que se faz da linguagem nas diversas *formas de vida*. É no campo do *uso* da linguagem que a *proposição* ganha destaque e *significado*, não podendo residir numa *aldeia ideal*.

⁵⁷⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Lógico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora USP, 1993.

⁵⁷⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 25-206.

⁵⁸⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas...*, p. 31: “Pense nas ferramentas em sua caixa apropriada: lá estão um martelo, uma tenaz, uma serra, uma chave de fenda, um metro, um vidro de cola, pregos e parafusos. – Assim como são diferentes as funções desses objetos, assim são diferentes as funções das palavras (E há semelhanças aqui e ali). Com efeito, o que nos confunde é a uniformidade da aparência das palavras,

O *significado* das *proposições*, então, decorre dos *usos* que se realizam a partir deles próprios, tendo caráter fragmentário, aderidos ao ‘*veja*’, expressão que se refere à multiplicidade do *mundo da vida*, revés da consciência plena, do sentido pleno. Decorrencia disto é que a linguagem vem superar a divisão entre *mundo real* e *representação*, tido o mundo real como referência de consistência lógica; essa segurança desaparece pela mudança de perspectiva, agora restam opções de sentido. Não se trata mais de descobrir como funciona a linguagem, mas de como se emprega⁵⁸¹. Essa retirada do referencial estático, eterno, modifica a maneira pela qual se pode significar, a despeito, pois, dos fatos. É na multiplicidade dos *usos da linguagem* que deverá se situar o mecanismo do referencial, não mais absoluto, mas relativo, correspondendo aos usos possíveis. Em síntese: a linguagem declara sua independência em relação aos fatos.

3 – Por certo essa maleabilidade encontra-se, ainda, regulada por mecanismos imprecisos, indicados pela propriedade de *semelhança de família*, e inseridos nos *jogos de linguagem*⁵⁸², estatuídos a partir de semelhanças e diferenças. Mas os limites dos conceitos decorrem das relações derivadas da ação, dos usos, sendo impossível, salvo de maneira *Metafísica*, a colmatação de conceitos eternos, acessíveis aos interlocutores. Decorrem do processo *intersubjetivo* de atribuição de sentido, despregado de um fundamento primevo. Logo, à pergunta: *o que significa esta palavra?*; responde-se: *significa a explicação que se der de sua significação, advinda do seu uso*. Esse ‘uso’, todavia, é regulado por *instituições*, regras de discurso não totais⁵⁸³, como visto anteriormente – Semiologia e Semiótica – não podendo ser considerado o ‘*vale tudo*’; rejeita-se, assim, o *fundamento do fundamento*, inexistente, de resto.

4 – Assim é que o ato de *falar* está repleto de termos *vagos* que não delimitam precisamente a que se referem; busca-se, enfim, compreender e se fazer

quando estas nos são ditas, ou quando com elas nos defrontamos na escrita e na imprensa. Pois seu emprego não nos é tão claro. E especialmente não o é quando filosofamos!”

⁵⁸¹ WITTGENSTEIN. Ludwig. *Investigações filosóficas...*, p. 114: “Não podemos adivinhar como uma palavra funciona. Temos de ver seu emprego e aprender com isso. A dificuldade, porém, é vencer o preconceito que se opõe a este aprendizado. Não é nenhum preconceito tolo.”

⁵⁸² WITTGENSTEIN. Ludwig. *Investigações filosóficas...*, p. 35: “O termo ‘jogo de linguagem’ deve aqui salientar que o falar da linguagem é uma atividade ou uma forma de vida.”

⁵⁸³ WITTGENSTEIN. Ludwig. *Investigações filosóficas...*, p. 53: “Mas então o emprego da palavra não está regulamentado; o ‘jogo’ que jogamos com ela não está regulamentado. Ele não está inteiramente limitado por regras; mas também não há nenhuma regra no tênis que prescreva até que altura é permitido lançar a bola nem com quanta força; mas o tênis é um jogo e também tem regras.”

compreender, supondo, tão-somente, a possibilidade de distinção entre *forma*, *cor*, *conjunto de objetos*, sem que possam ser confundidas com regras de condução, mas que servem apenas como regras de orientação.

Por essa linha de raciocínio, pois, perdem sentido os aprisionamentos de significado eternos realizados pelo *senso comum teórico*, eis que esta atribuição é feita no espaço/tempo, sujeita aos participantes do processo intersubjetivo, situação destacada, dentre outros momentos, por **Canotilho** ao responder às indagações sobre sua concepção de ‘Constituição Dirigente’, cujo sentido semântico evolui⁵⁸⁴. As apreensões, pois, formuladas pelo ‘Monastério de Sábios’ enjeitam esta ausência de referente primeiro, tanto assim que é mais do que comum a busca *Metafísica* das ‘naturezas jurídicas das coisas’ (ações, tipos penais), como se fosse possível. Não o é, definitivamente, por impossível, já que a premissa é equivocada.

§ 5º – A *Pragmática*, **Rorty** e o *deflacionismo* da ‘verdade’

1 – Após a *viragem lingüística* destacada neste escrito pelo pensamento de **Wittgenstein**, a *Pragmática* iniciada com **Pierce** deve ser trazida à baila com maior extensão. Em face de sua teoria de *verdade*, na pretensão de responder a indagação: *como se dá o conhecimento*, o *pragmatismo* provocou enorme controvérsia ao colocar em xeque a *verdade* fundante por dizer que o que o homem tem é apenas uma metodologia do conhecimento; nada mais.

2 – **Shook** ao se debruçar sobre o pensamento dos pioneiros do pragmatismo americano – **Pierce**, **James** e **Dewey** – reconhece que os três concordavam que a inteligência humana decorre do conhecimento proveniente da experiência, advertindo que a mente transforma esse conhecimento, na pretensão de apaziguar a dúvida, criando crenças em face da ação preparatória⁵⁸⁵. Longe de reeditarem as discussões sobre a natureza da *verdade*, pretendem estar acima dessa querela interminável, propondo uma nova maneira de perceber o aumento da experiência e

⁵⁸⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente...*, p. 13-58.

⁵⁸⁵ SHOOK, John R. *Os pioneiros do pragmatismo americano*. Trad. Fábio M Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 12: “Contudo, eles concordavam ainda que 1. Embora a experiência seja o fundamento do conhecimento, a mente transforma a experiência em objeto de conhecimento; 2. A transformação da experiência visa a apaziguar a dúvida, etapa preparativa de uma ação com vistas a um fim específico; 3. Como a mente visa a uma crença prática, a transformação que ela faz da experiência é guiada pela atividade experimental; 4. O processo experimental de criar crenças sólidas pode ser logicamente avaliado com base em sua função de nos possibilitar prever confiavelmente e controlar o nosso ambiente.”

do conhecimento humano⁵⁸⁶. O discurso, assim, busca argumentar contra todas as formas de *idealismos*, admitindo, entretanto, que “a realidade é muito mais ampla do que a totalidade de objetos de conhecimento reais e possíveis.”⁵⁸⁷ O verdadeiro é o que é cognoscível⁵⁸⁸, sem que se caia na armadilha dos *empiristas* e *racionalistas* de que as possibilidades de conhecimento são as mesmas em todos os períodos da história, dado que a mente humana está aberta para o futuro. Contudo, tal qual os *falsificacionistas*, os *pragmatistas* exigem que a teoria seja testável⁵⁸⁹.

3 – Assim é que **Rorty** é um interlocutor necessário porque sua produção autoriza o rompimento com diversos dogmas *platônicos* herdados da *Filosofia da Consciência*. As contribuições da *pragmática* e da *hermenêutica* em que a verdade não é *correspondência* com a realidade, mas *convenção*, demonstraram que os valores subjetivos se apresentam presentes na produção científica. Deixando de resvalar na *Metafísica*, critica os filósofos da linguagem – ideal ou ordinária – porque mantêm os pressupostos *Metafísicos*, já que a contextualização desempenha um papel central na atribuição de sentido. Não se trata mais de significados conceituais, mas grupos de sujeitos empíricos, mediados pela linguagem, *intersubjetivamente*.

A verdade sem correspondência com a realidade é a afirmativa de **Rorty** para descrever a pretensão do *pragmatismo* de, aproveitando a *viragem lingüística*, proporcionar à linguagem o merecido lugar de destaque⁵⁹⁰. E o *pragmatismo* seria,

⁵⁸⁶ SHOOK, John R. *Os pioneiros do pragmatismo americano...*, p. 15-16: “A discórdia fundamental entre um pragmatista e o epistemólogo revela-se quando o pragmatista responde que está preocupado com a relação entre o conhecimento e a verdade e se recusa a admitir qualquer conceito de ‘verdade’ não derivado da teoria do conhecimento humano. Se o epistemólogo replicar que há, de fato, um conceito de verdade segundo o qual ‘a verdade’ existe independentemente de o homem poder conhecê-la, ele estará propondo uma posição metafísica extremamente realista que sempre mereceu nada mais que o desdém por parte dos pragmatistas. O pragmatismo não usa a idéia de uma verdade ou realidade que transcenda completamente todo conhecimento humano possível. É lógico que existem realidades ainda a ser conhecidas; não poderíamos compreender adequadamente como se dá o conhecimento humano sem uma idéia dessa dimensão desconhecida. Porém, ao usar o termo ‘verdade’, um pragmatista refere-se simplesmente àquilo que é e será conhecido, porque qualquer outra idéia de ‘verdade’ carece de significado útil.”

⁵⁸⁷ SHOOK, John R. *Os pioneiros do pragmatismo americano...*, p. 19.

⁵⁸⁸ SHOOK, John R. *Os pioneiros do pragmatismo americano...*, p. 22: “O pragmatismo deixa de lado o ceticismo e o racionalismo ao rejeitar qualquer idéia de ‘verdade’ independente da cognição e do conhecimento humanos. O verdadeiro é apenas aquilo que é conhecido, e a verdade absoluta é aquilo que é absolutamente cognoscível.”

⁵⁸⁹ SHOOK, John R. *Os pioneiros do pragmatismo americano...*, p. 25: “Como o critério de falseabilidade de Karl Popper, os pragmatistas rejeitam como não-científica qualquer ‘teoria’ que não faça previsões verdadeiramente testáveis. Uma ‘explicação’ não é uma explicação se suas previsões forem compatíveis com cada evento futuro possível.”

⁵⁹⁰ RORTY, Richard. *Pragmatismo: a filosofia da criação e da mudança*. Trad. Cristina Magro. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 12: “A chamada ‘virada lingüística’ é o que caracteriza a distinção entre esses dois grupos. Esta

assim, o “*modo democrático de viver*”⁵⁹¹, já que as filosofias passam a ser vistas como ferramentas que podem ser usadas para muitas finalidades. Esse rompimento com o modo pelo qual se conhece as *coisas* – não mais como pretensamente são – remete os *pragmatistas* para um universo desprovido da segurança conferida pela ilusão da realidade conhecida, rumo a *um misterioso futuro melhor a ser construído*⁵⁹². Não existem projetos estanques no qual o futuro pode ser compactado, mas sim respostas vagas e imprecisas capazes de devolver ao projeto em construção sua vivacidade, aguardando-se a *surpresa*⁵⁹³. A teoria da *verdade* para os pragmáticos precisa substituir *certeza* por *esperança*, em algo a ser construído, substituindo-se os dualismos *platônicos* e *kantianos*. A *verdade*, então, é o que autoriza a distinção entre o *conhecimento* e a *opinião bem fundamentada* ou *crença justificada*⁵⁹⁴, sem mais se preocupar com o conhecimento antecedente a ser revelado; a pretensão é a de lidar com os problemas a partir do momento em que surgem⁵⁹⁵.

As *relações de sustentação empíricas* entre as *sentenças* e o *mundo* a que se vincula se constituem a garantia de que nunca se poderá ser mais arbitrário do que

foi a virada que os filósofos deram quando, tendo abandonado o tema da experiência e optado pelo da linguagem, começaram a seguir o exemplo de Frege ao invés do de Locke.”

⁵⁹¹ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 19.

⁵⁹² RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 27-28: “Os pragmatistas, tanto os clássicos quanto os neo, não acreditam que haja um modo como as coisas realmente são. Por isso, eles querem substituir a distinção entre aparência e realidade pela distinção entre as descrições do mundo e de nós mesmos que são menos úteis, e descrições que são mais úteis. Quando seus interlocutores insistem na questão ‘Úteis para quê?’, os pragmatistas não têm nada a dizer exceto que são ‘úteis para criar um futuro melhor’. Quando lhe perguntam ‘Melhor por que critérios?’, os pragmatistas não têm nenhuma resposta detalhada a oferecer, do mesmo modo que os primeiros mamíferos não tinham como especificar sob que aspectos eles eram melhores do que os agonizantes dinossauros. Os pragmatistas têm a dizer algo tão vago quanto ‘Melhor no sentido de que contém mais daquilo que consideramos bom e menos do que consideramos ruim’. E quando lhe perguntam ‘E o que exatamente vocês consideram bom?’, os pragmatistas podem responder apenas, ecoando Withman, ‘diversidade e liberdade’. Ou, ecoando Dewey, ‘crescimento’... ‘é o único objetivo moral’.”

⁵⁹³ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 28: “Assim, se Whitman e Dewey têm algo de interessante em comum, é sua deliberada imprecisão – uma questão de princípios. Essa imprecisão por princípios é a maneira americana de fazer o que Heidegger chamava de ‘ultrapassar a metafísica’.”

⁵⁹⁴ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 34-35: “A verdade é aquilo que supostamente nos permite distinguir entre o conhecimento e uma opinião bem fundamentada, ou uma crença justificada. Mas se a verdade é, como disse James, ‘o nome do que quer que se prove como bom sob a forma de crença, e bom, também, por razões definidas e especificáveis’, então não é claro sob que aspectos supõe-se que uma crença verdadeira defira de uma outra que seja meramente justificada. Por isso, frequentemente se diz que os pragmatistas confundem a verdade, que é absoluta e eterna, com a justificação, que é transitória, porque é relativa a uma audiência.”

⁵⁹⁵ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 35: “Os pragmatistas responderam a essa crítica basicamente de duas maneiras. Alguns, como Peirce, James e Putnam, disseram que podemos manter um sentido absoluto de verdadeiro identificando-o com ‘justificação em uma situação ideal’ – a situação que Peirce chamava de ‘o fim da investigação’. Outros, como Dewey (e também Davidson, como tenho com frequência argumentado), sugeriram que pouco há para ser dito sobre a verdade, e que os filósofos, deviam, explicita e conscientemente, restringir-se à justificação, ao que Dewey chamava de ‘assertabilidade garantida’.”

o mundo permite. Apesar de não se poder afirmar *como o mundo realmente é*, ou sua natureza intrínseca, sob pena de resvalar na *Metafísica*, existe o que **Rorty** denomina *pressões causais*⁵⁹⁶, que dão às afirmações tidas por verdadeiras, em relação ao mundo não um caráter representacional, mas causal, mantendo crenças. Os *pragmatistas* trocam a *certeza* pela *imaginação*, pelo futuro, privando os epistemólogos do conforto da certeza científica⁵⁹⁷, uma vez que, segundo eles, desde **Platão** nada mais precisa ser dito⁵⁹⁸.

4 – O método científico da ‘consciência plena’, pois, ‘vaza’ mais uma vez, só que com uma *pitada* diferente. Não existindo a natureza a ser descoberta, restam somente *audiências* nas quais as crenças podem ser justificadas, sem se perder de vista que nenhuma dessas audiências se aproxima da natureza. Desprovido de sentido, assim, falar em racionalidade a-histórica, eterna, universal. As crenças justificadas são, pois, verdadeiras e temporais.

Rorty aduz:

Pode parecer estranho dizer que não há nenhuma conexão entre justificação e verdade. Isto é porque estamos inclinados a dizer que a verdade é o objetivo da investigação. No entanto penso que nós, pragmatistas, devemos agarrar o touro pelos chifres e dizer que essa afirmação é vazia ou que ela é falsa. A investigação e a justificação têm vários objetivos locais, mas nenhum objetivo geral chamado verdade. Investigação e justificação são as atividades nas quais nós, usuários da linguagem, não podemos deixar de nos engajar. Nós não precisamos de um objetivo chamado ‘verdade’ para nos auxiliar nisso – não precisamos disso do mesmo modo que nosso aparelho digestivo não precisa de um objeto chamado ‘saúde’ para fazer os órgãos funcionarem. Usuários da linguagem não podem evadir a justificação de suas crenças e desejos uns aos outros, assim como os estômagos não podem evadir a trituração dos alimentos. A agenda dos nossos órgãos digestivos é estabelecida pelos alimentos que estão sendo processados, assim como a agenda de nossa atividade de justificação é estabelecida pelas

⁵⁹⁶ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 36: “Assim, mesmo que não haja nenhum ‘Jeito como o Mundo Realmente É’, mesmo que não haja nada como a ‘Natureza Intrínseca da Realidade’, ainda assim há pressões causais. Essas pressões serão descritas de diferentes maneiras em diferentes épocas e para diferentes propósitos, mas ainda assim elas são pressões.”

⁵⁹⁷ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 37-38: “Dizer a uma pessoa que ela deve substituir o conhecimento pela esperança é dizer mais ou menos a mesma coisa: que ela deve parar de se preocupar se suas crenças estão bem fundamentadas, e começar a se preocupar em tornar-se imaginativo o suficiente para criar alternativas interessantes para suas crenças atuais.”

⁵⁹⁸ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 39: “Desistir da idéia de uma justificação independente do contexto é desistir da idéia de ‘conhecimento’ como um objeto apropriado de estudo – a idéia que Descartes e Kant herdaram do Teeteto de Platão. Quando alguém diz, como o fez Platão no Teeteto, que ‘S sabe que p’ é verdadeiro se e somente se p é verdadeiro, e se S tanto acredita que p quando está justificado em acreditar que p, não há mais nada de epistemológico para ser dito a menos que alguém encontre algo de geral e interessante para dizer sobre a justificação ou sobre a verdade.”

diferentes crenças e desejos que encontramos em nossos parceiros usuários da linguagem. Só haveria um objetivo ‘mais elevado’ da investigação se houvesse algo como a justificação última – justificação diante de Deus, ou diante do tribunal da razão, ao invés de justificação diante de meras e finitas audiências humanas.⁵⁹⁹

Com efeito, é perante esses auditórios temporais⁶⁰⁰ que se procedem as justificações, sem que sejam eternas, primevas, fundantes, como será retomado noutro momento. É isso que resta⁶⁰¹. O tempo como o fixador das *verdades*, uma vez que as futuras audiências e suas demandas poderão exigir novas condições, e a *verdade* de então será ultrapassada. O mundo, pois, não é mais de dualismos *platônicos: essência e acidente, substância e propriedade, aparência e realidade*, mas de contínuas mudanças relacionais⁶⁰², movimentados no campo da linguagem, sem pretensão de representação. O *antiessencialismo* constitui-se na proposta de *aterrar* essa distinção entre *intrínseco e extrínseco, essência e matéria* e se livra das preocupações sobre os métodos capazes de articular uma linguagem possível de desnudar a realidade⁶⁰³.

⁵⁹⁹ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 44.

⁶⁰⁰ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. *Richard Rorty: A filosofia do Novo Mundo em busca de mundos novos*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 40: “A força do uso acautelado não viria da sua capacidade de nos dar a Verdade, mas sim de nos alertar para o fato de que as justificações oferecidas não bastam. O que tal uso indica é que talvez não tenhamos apreciado todos os argumentos disponíveis no momento, ou que não soubemos ver outros argumentos, contrários, tão plausíveis quanto os favoráveis – algo pode nos ter escapado. Ou seja: as audiências humanas, os públicos humanos são falíveis. E não haveria porque invocar algo como uma audiência ideal. ‘Para qualquer audiência’, diz ele, ‘pode-se imaginar uma outra audiência melhor informada, e também uma mais imaginativa – uma audiência que tenha alternativas até então sonhadas para a crença em questão. Se há limites de justificação, eles seriam limites da linguagem, porém a linguagem (tal como a imaginação) não tem limites’.”

⁶⁰¹ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 49-50: “Essa sugestão é levada adiante na recusa dos pragmatistas em aceitar a distinção entre conhecimento e acomodação, entre estar em contato com a essência e meramente lidar com o acidente. Quando colocada em termos de verdade, esta recusa significa que a diferença entre o conhecimento e a mera crença justificada, apesar de transformações no ambiente e na audiência, e a crença que perderá sua justificação. Uma vez que ninguém conhece o futuro, ninguém sabe quais as crenças que permanecerão justificadas e quais não há nada a-histórico para ser dito nem a respeito do conhecimento nem da verdade.”

⁶⁰² RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 56: “(...) eles estão tentando se desvencilhar das influências dos dualismos metafísicos típicos, que a tradição filosófica ocidental herdou dos gregos: as distinções entre essência e acidente, substância e propriedade, aparência e realidade. Eles estão tentando substituir as visões de mundo engendradas com o auxílio dessas oposições gregas, pela visão de um fluxo de relações em contínua mudança, relações sem termos, relações entre relações.”

⁶⁰³ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 61: “O conceito de objetivo é definido pelos antiessencialistas não em termos de uma relação com os aspectos intrínsecos dos objetos, mas como uma referência a uma relativa facilidade em obter consenso. Da mesma maneira que a distinção aparência realidade é substituída pela distinção entre as relativas utilidades das descrições, a distinção objetivo-subjetivo é substituída pela distinção entre as relativas dificuldades em alcançar um acordo.”

5 – Na perspectiva de ‘*se dar uma chance ao pragmatismo*’, como já havia feito **Wittgenstein**⁶⁰⁴, **Rorty** propõe que se vejam as coisas de maneira *antiessencialista*, como se fossem números⁶⁰⁵. Não se pode pensar, segundo afirma, numa natureza intrínseca do número 17:

Nós sugerimos que vocês pensem em todas essas coisas como sendo semelhantes a números no seguinte sentido: não há nada a ser conhecido a respeito desses objetos a não ser uma teia infinitamente vasta e indefinidamente expansível de relações que eles mantém com outros objetos. Não há sentido em reclamar por termos de relações que não sejam eles mesmos relações, pois qualquer coisa que pode servir como termo de uma relação pode ser dissolvido em outro conjunto de relações, e assim por diante, indefinidamente. Há, digamos, relações de ponta a ponta em todas as direções – nunca alcançamos algo que seja mais que apenas mais um conjunto de relações.⁶⁰⁶

Substituída a *verdade* pela *utilidade relacional*, sem distinguir as relações e as coisas relacionadas que, para os *essencialistas*, seriam diversas. A única coisa que pode ser conhecida sobre o objeto é se as sentenças que lhe digam respeito são verdadeiras⁶⁰⁷. A descrição do objeto apenas pode lhe atribuir propriedades relacionais, segundo a qual: “Nós, *antiessencialistas*, tentamos substituir a imagem da linguagem como um véu que se interpõe entre nós e os objetos, pela imagem da linguagem como uma maneira de encaixarmos os objetos uns nos outros.”⁶⁰⁸ Somente relacionando os substantivos com os adjetivos e verbos é que se pode atribuir significado às palavras⁶⁰⁹, na cadeia de significantes, que desliza... no campo hermenêutico.

⁶⁰⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas...*, p. 28.

⁶⁰⁵ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 64-65: “No meu modo de ver, o que há de interessante a respeito dos números é que é muito difícil pensar neles como tendo naturezas intrínsecas. É difícil pensar num número como tendo um cerne essencial cercado por uma penumbra de relações acidentais. Números são um exemplo admirável de algo difícil de descrever numa linguagem essencialista.”

⁶⁰⁶ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 67-68.

⁶⁰⁷ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 69: “A forma contemporânea, lingüística, da resposta de Berkeley é: tudo o que sabemos sobre essa mesa sólida, substancial – sobre a coisa que se relaciona, em oposição às suas relações – é que certas sentenças a seu respeito são verdadeiras. É o caso, por exemplo, das seguintes sentenças: esta mesa é retangular, é marrom, é feia, foi feita de uma árvore, é menor que uma casa, é maior que um rato, é menos luminosa que uma estrela, e assim por diante.”

⁶⁰⁸ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 69-70.

⁶⁰⁹ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. *Richard Rorty...*, p. 37: “Pode-se, então, inferir daí que falar algo sobre a verdade não diz respeito a tarefas epistemológicas nem traz resultados metafísicos, mas diz respeito a tarefas de observação da comunicação entre falantes, da possibilidade de tradução, da observação do uso do termo ‘verdadeiro’. Esse clima deflacionista é o que alimenta a posição de Rorty, para quem o que se pode dizer da verdade não é nada metafísico e/ou essencialista, de modo que devemos nos limitar a elencar apenas os usos do predicado-verdade na sua facilitação da comunicação entre os falantes.”

§ 6º – Na busca da Plenitude: Decisão, verdade e Embuste

“Aprender o que é Direito nas ‘obras’ da ideologia só poderia, evidentemente, servir para um de dois fins: ou beijar o chicote com que apanhamos ou vibrá-lo no lombo dos mais pobres, como nos mande qualquer ditadura.” **Roberto Lyra Filho**

1 – A maneira pela qual o *senso comum teórico dos juristas* enfrenta a interpretação dos textos jurídicos é fortemente influenciada pelo discurso do *Outro* (Cap. 1º) que, fazendo o *link* com a *Filosofia da Consciência* concede o conforto *Metafísico* aos que estão investidos nos cargos estatais de autores da *interpretação autêntica*, como queria **Kelsen**: a figura do *Juiz*.

2 – Inviável, todavia, para os fins deste escrito a revisão de toda a hermenêutica (jurídica)⁶¹⁰. É relevante destacar que assim passou a ser denominada no século XVII, como a *arte de interpretar*, buscando descobrir *regras* e *métodos* para correta interpretação, a *verdadeira*, com o escopo de evitar a “*arbitrariedade no campo da interpretação*”⁶¹¹, acreditando-se na existência de um núcleo fundante, imanente. Por influência da Igreja e da palavra revelada – é o argumento de **Legendre** (Cap. 1º) –, o trabalho da hermenêutica era de, mediante métodos corretos, conceder a *verdade* dos textos. Encontrar um sentido profundo, enigmático, escondido na linguagem era a tarefa do hermenêuta, atuando como mediador dos sentidos editados pelo *Outro*.

3 – No Brasil a filiação do *senso comum teórico dos juristas* à *Filosofia da Consciência* é patente. **Maximiliano**, jurista com enorme influência na maneira pela qual se enfrenta a situação, em lição clássica, afirma:

A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, extrair da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar,

⁶¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*

⁶¹¹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 23.

isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.⁶¹²

Com efeito, o sujeito clássico, cartesiano, uno, titular absoluto da consciência, pretende-se o descobridor fundamental do sentido, por sua posição de *Um* diante do texto a ser enfrentado, *legitimando retoricamente o caráter ideológico do discurso*. Diante da *verdade* adrede existente o intérprete irá, pelo *método*, reconfortar-se com a certeza de ter descoberto a *verdade*. É um universo epistemológico pensado de forma *platônica* e *metafísica*, hierárquico, piramidal, verticalizante e simplista, daí seu efeito cativante. O mundo das *verdades* eternas, pré-lingüístico, situado desde antes da linguagem, com sua *verdade* verdadeira, sua Justiça justa, sua eqüidade correta, retiradas do mundo ideal pelo bom hermenêuta, claro, isto é, o reconhecido como membro (de carteirinha) do ‘Monastério dos Sábios’. **Severo** argumenta: “A *teoria da linguagem-signo identifica falaciosamente o significado com o conceito, sobrevalorando desta maneira as dimensões lógicas e conceituais dos discursos, esquecendo-se que os processos de significação não podem deixar de ser analisados a partir de sua inserção nos processos históricos da comunicação social*.”⁶¹³

4 – Um breve passeio pelos *Manuais de Direito Processual Penal* brasileiros deixa evidenciada a banalização lógica das decisões condenatórias penais. A sentença penal é tida como o resultado de um procedimento apto a autenticar a sua conclusão como *verdade*. Tendo como princípio indiscutível a plena possibilidade da ‘*Verdade Real*’, os *Manuais* apenas dedicam – e quando dedicam – algumas poucas páginas para demonstração dos requisitos formais, consistentes na maioria da vezes no preenchimento *step by step* do ritual previsto em lei, sem discutir a hermenêutica, também domesticada desde antes. A facilidade aparente e eficiência do provimento judicial é que contam. Nem mesmo se discute as possibilidades e, portanto, os limites do processo. Por isso se justifica a análise de alguns *Manuais* difundidos na graduação – até porque pouco variam, copiam-se – e que irão balizar a prática forense⁶¹⁴, tudo executado sob o pano de fundo da ignorância epistemológica e

⁶¹² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 1.

⁶¹³ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia...*, p. 16-17.

⁶¹⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às reformas processuais. In: *JURISPOIESIS* – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 33-34, 2002: “Afinal, o desconhecimento leva à alienação e, não raro, alija; aos alunos, por óbvio, em um primeiro momento, e assim por diante, numa onda da qual não escapa ninguém, mas da qual as grandes vítimas são os menos favorecidos. O pior, contudo, é que, desde a posição de

hermenêutica, bem como pela ausência de reflexão crítica, muito devido à deficiência teórico-prática dos atores jurídicos, advindos de formação *bancária* (**Freire**). De qualquer forma, para manutenção do *status quo* são perfeitos, e empurram o juiz para o *lugar paranóico na gestão da prova*, como se verá.

5 – **Capez**⁶¹⁵, acolhendo o princípio da ‘Verdade Real’, afirma o *lugar comum* de que “*No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos.*”, aderindo, assim, ao Sistema Inquisitório e defendendo a aplicação do art. 156 do CPP, no caso de dúvida relevante. No tópico sobre interpretação, tida como “*a atividade que consiste em extrair da norma seu exato alcance e real significado. Deve buscar a vontade da lei, não importando a vontade de quem a fez (LICC, art. 5º)*”, navega em águas da mais pura *Metafísica essencialista*, desconsiderando, ainda, a plena superação desta a partir do *giro lingüístico*, isto é, da disputa entre *objetivismo* e *subjetivismo*, tão bem criticada por **Streck**⁶¹⁶. Conseqüência dessa anemia hermenêutica-teórica, é tratar a sentença penal na lógica do preencher-requisitos-legais-formais, “*aplicando-se a lei ao caso concreto controvertido, com a finalidade de extinguir juridicamente a controvérsia.*” A preocupação, pois, restringe-se aos requisitos formais contidos no art. 381 do CPP e na Legislação Extravagante (v.g. Lei nº 9.099/95), dizendo que a motivação – repetindo o CPP – consiste nos motivos de fato e de direito que o levaram a tomar a decisão.

6 – **Vilas Boas**⁶¹⁷, também herdeiro da *Filosofia da Consciência*, defende o Princípio da ‘Verdade Real’, retoricamente tido como “*uma exigência quase que à beira da morte, rigorosíssima, buscando perquerir o que realmente houve, sem presunções, sem transações, sem fantasias, a verdade nua e crua.*” Deixa, assim, evidenciada sua ingenuidade epistemológica, preenchendo o vazio da decisão com métodos de interpretação corretos. Depois de divagar sobre a diferença dos animais

desconhecimento (em verdade um conhecimento outro), estabelece-se uma resistência tenaz, difícil de ser superada. Ser alienado, neste sentido, e, enfim, resistir (não ao novo, mas às mazelas trazidas por ele) é andar de braços dados com o discurso dominante, hoje como nunca demarcado pela mídia. É preciso, enfim, estar atento ao fato de estarmos diante de uma nova ordem mundial.”

⁶¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26-27; 59-63; 366-383.

⁶¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 84-88.

⁶¹⁷ VILAS BOAS, Marco Antonio. *Processo Penal completo*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 68-74; 113-117; 376-400.

e os intérpretes⁶¹⁸, conclui que: “A interpretação, pelo exposto, é a vontade da lei, operando sobre o cidadão ou sobre a sociedade (de que faz parte esse mesmo cidadão).” No tópico da sentença, advoga um conteúdo ético da decisão, não da maneira indicada no início deste trabalho, como critério (**Dussel**), mas sim sob a forma de que a sentença “*deve traduzir os anseios de uma comunidade, deve navegar em favor de seus bons costumes e boas influências, segundo a realidade.*” Logo, é de se perceber que esse conteúdo subjetivo defendido por **Vilas Boas** possui uma aproximação ética a *la Dinamarco*, superado democraticamente (Cap. 7º). Gera, por suas asserções a legitimidade de julgamentos moralizantes e da pessoa do acusado, não da conduta. Evidentemente que se acolhe, nesta tese, o argumento de que o sujeito-juiz não é *neutro* – conquanto **Vilas Boas** assim creia – e os elementos subjetivos farão parte do ato compositivo (Cap. 9º). Todavia, essa subjetivação ética da maneira posta por **Vilas Boas** é anti-democrática. Sua materialização, de outra face, embora “*traduza o sentimento de uma determinada realidade (que não é universal), dentro dessa individualidade não pode deixar de ser fruto de um raciocínio lógico e conclusivo.*” A lógica e o método, então, confeririam o resultado ‘verdade’.

7 – **Tourinho Filho**⁶¹⁹, sob o ‘*império da Verdade*’, mas sem esclarecer sobre ela, diz que “*Interpretar a lei é descobrir ou revelar a vontade contida na norma jurídica ou, como diz Clóvis, é revelar o pensamento que anima as suas palavras.*” Nesta perspectiva tributária à ‘*Filosofia da Consciência*’, na compulsão de obter o *âmago* interpretativo, resvala em pura *Metafísica*, redundando, pois, na compreensão formal⁶²⁰ da sentença como “*aquele ato jurisdicional por meio do qual se resolve a lide.*” Até mesmo o conceito de ‘lide’, consabidamente, é inaplicável ao Processo Penal, já pontuou **Miranda Coutinho**⁶²¹.

8 – A doutrina neste sentido é – como se gosta de dizer – *pacificada, remansosa, tranqüila, uníssona*. Poder-se-ia continuar com uma chuva torrencial de

⁶¹⁸ VILAS BOAS, Marco Antonio. *Processo Penal Completo...*, p. 113: “O animal treinado obedece ao comando que lhe é impingido. Jamais se pode aplicar ao processo educacional no ser sem razão, da sua incapacidade de recepcioná-lo.”

⁶¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12-13; 33-38; 545-555.

⁶²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal...*, p. 550: “A função da sentença é declarar o direito. Quando o Juiz procede à subsunção do fato à norma, aplicando o direito à espécie concreta, ele nada mais faz que declarar o direito preexistente.”

⁶²¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

citações do mesmo diapasão, mas é desnecessário, além de absolutamente improdutivo. Julgar, pois, pode ser um ato mecânico, já que se pode tranquilamente tanto condenar como absolver mediante requisitos retóricos (**Brum**), como se vê neste singelo e tosco exemplo de ‘furto’. Mesmo sem ler o processo, o juiz pode proceder da seguinte forma: 1) Reproduz o disposto no art. 155 do Código Penal: ‘subtrair coisa alheia de outrem’; 2) Invoca uma doutrina e jurisprudência qualquer – a-histórica –, independentemente de sua vinculação com o caso penal; 3) Escreve, em seguida: *‘Da prova coligida de fls e fls (não) resta suficientemente comprovada tanto a autoria quanto a materialidade do delito, (não) se justificando, assim, a imposição da pena.’ Fiat Lux.* É bem verdade que pode ser mais floreado ou não, mas a suma é esta! Ainda que sem analisar a prova, produz uma decisão antidemocrática, antigarantista e, diga-se mais, vergonhosamente (des)fundamentada. Pode parecer exagero a descrição, contudo, uma breve leitura dos processos na prática forense, deixa antever que são raríssimos os casos em que ocorre uma análise intersubjetiva de pretensões de validade, muito por força da reconhecida ausência de defesa material – somente formal – da grande maioria de acusados pobres, evidentemente. Aliás, acusado sempre é pobre; quando é rico é tratado pelo nome, ou não se reparou isso ainda?!

Vista bem de perto, a teoria da decisão manejada pelo *senso comum teórico* é a maneira pela qual, ‘como se’ um juiz decidiria – se porventura decidisse –, coisa que, todavia, não o faz. Enfim, tudo é organizado de forma lógico-dedutiva, como se o simples caminhar processual concedesse a ‘*Verdade Real*’, livrando os atores jurídicos de qualquer indagação sobre si próprios, sobre seu ‘*ser-aí-no-mundo*’, ‘como se’ desprovidos de *inconsciente*, bem como sobre os próprios limites do processo. A leitura dos *Manuais* expressa a sensação de que a ‘*receita para uma decisão*’ está previamente dada e que se ocorrerem erros, estes são do operador que não soube misturar, conforme a receita, os ingredientes. Puro embuste.

§ 7º – Mais do mesmo: decisão, interpretação e discricionariedade

1 – Após ter construído a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, **Kelsen** aborda, por fim, a *interpretação*. Diante da maneira pela qual os comandos legais são expedidos, reconhece **Kelsen** que a determinação legal não pode ser completa, *in totum*. Há sempre espaço para *discricionariedade* a ser preenchida pelo

ato de aplicação, a cargo de quem o ordenamento confere formalmente o direito de escolha: o juiz. Não há vinculação material, mas formal. A *moldura*, por sua vez, conteria as possibilidades de aplicação, sem que haja um critério para definir qual das respostas possíveis deve ser escolhida⁶²², ou seja, “*a lei teria sempre, nesta ótica, um sentido preciso, isto é, uma denotação pura, restando ao juiz poucas opções interpretativas autônomas.*”⁶²³ Mas **Kelsen** (tenta) salva(r) sua teoria dizendo que isso não é tarefa da teoria e sim da *política judiciária*. Um óbice imediato é: e se a decisão se situar fora da moldura? Deslocando a questão da validade para a eficácia, **Kelsen** reconhece que isso efetivamente pode ocorrer, entretanto, não é regra. Mas e aí? Furou a teoria com o seguinte acréscimo indicado por **Cattoni**: *quem garante os limites da moldura, como se chega as hipóteses da moldura?*⁶²⁴

Com efeito, o papel da ‘*Teoria Pura do Direito*’, na condição de ciência, seria a de indicar as possíveis interpretações de uma norma. A decisão caberia ao órgão de Estado, o juiz, autorizado pelo sistema, por mandato do *Outro*, lembre-se (Cap. 1º), o qual criaria uma regra válida ao caso, e tal interpretação seria a *autêntica*. Não há, todavia, um método correto para o estabelecimento da resposta, procedendo, assim, a crítica formulada por **Cattoni**⁶²⁵ no sentido de que a *teoria da interpretação* é incompatível com a *teoria do ordenamento* desenvolvida pelo próprio **Kelsen**, dado que se não há *método* para interpretação correta, como delimitar a moldura? De fato, impossível.

Logo, a pretensão de que a autoridade prevista na lei congregue plena legitimidade para escolher a alternativa dentro do quadro de hipóteses possíveis, típica da matriz positivista, não se sustenta, eis que é o corolário da convicção de

⁶²² Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*..., p. 368-369: “A questão de saber qual é, entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigida ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. (...) Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão julgador do Direito. (...) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.”

⁶²³ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*..., p. 24-25.

⁶²⁴ CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*..., p. 46-51.

⁶²⁵ CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*..., p. 48-57.

que o juiz possui poderes *supra-humanos* e desconsidera o papel do *processo* na produção da decisão (Cap. 7º).

2 – Para se adentrar na proposta de **Dworkin**, nesta seara, imprescindível a passagem por **Hart** – também invocado por **Ferrajoli**⁶²⁶ –, especificamente no tocante ao reconhecimento da *textura aberta* das normas jurídicas. De sorte que **Hart**⁶²⁷ admite a impossibilidade de o legislador humano dispor sobre a plenitude das condutas possíveis por meio da linguagem, principalmente pelo seu caráter *ambíguo* e *vago*. E, assim, a linguagem jurídica apresenta os mesmos problemas, não servindo para tal desiderato o formalismo ou conceptualismo, ou mesmo o *paraíso de conceitos*⁶²⁸, sendo inescindível, portanto, o reconhecimento de certa margem de *discrecionalidade*⁶²⁹ a ser colmatada pelo órgão julgador⁶³⁰.

3 – A esta postura **Dworkin** se opõe, asseverando que **Hart** não soluciona o problema da *textura aberta* e reconhece um *poder discrecional*⁶³¹ incompatível com a postura com que o juiz deve nortear suas decisões em uma democracia, principalmente nos denominados '*Hard Cases*'.

Wernneck Vianna et alli explicam:

A interpretação criativa do juiz não seria a do exercício do poder discrecional, como na teoria positiva, nos casos de ausência ou indeterminação da norma. Ao contrário, dado que a sua interpretação deve estar constrangida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura política. O juiz, por meio da sua decisão em um *hard case*, que necessariamente transita por uma

⁶²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 100: “Certa margem insuprimível de incerteza e, portanto, de discrecionalidade na interpretação da lei. Para usar uma formosa imagem de Herbert Hart, em todas as leis existe, junto a um núcleo ‘luminoso’, uma zona de ‘penumbra’, que cobre os ‘casos discutíveis’, nos quais as palavras da lei ‘não são obviamente aplicáveis (...), mas tampouco claramente excluíveis’. A penumbra, contudo, pode ser reduzida ou aumentada até a obscuridade mais completa. Por isso devemos falar, a propósito das hipóteses de delito, de *graus de taxatividade* e, em consequência, de *verificabilidade jurídica*. A certeza (da verdade) jurídica, ainda quando seja um mito, se se entender como perfeita ‘correspondência’, pode ser na realidade maior ou menor, segundo a linguagem das leis seja precisa ou vaga, denote fatos ou expresse valores e esteja livre ou não de antinomias semânticas.”

⁶²⁷ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito...*, p. 137-168.

⁶²⁸ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito...*, p. 143.

⁶²⁹ STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶³⁰ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito...*, p. 106: “Consiste em regras secundárias que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária. A forma mínima de julgamento consiste numa série de determinações, e designaremos as regras secundárias que atribuem o poder de as proferir como ‘regras de julgamento’. Além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir. Tal como as outras regras secundárias, estas acham-se num nível diferente das regras primárias: embora possam ser reforçadas por regras ulteriores que imponham deveres aos juizes para julgar, não impõem deveres mas atribuem poderes judiciais e um estatuto especial às declarações judiciais sobre a violação de obrigações.”

⁶³¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio...*, p. 83-94.

reconstrução dessa história, deve levar à frente, em um processo do tipo preservar-mudando, o direito real, contemporâneo. Não são, conseqüentemente, os valores pessoais do juiz que devem pesar na hora da interpretação, momento de reconstrução-construção em que se selecionam, em um esforço moral e intelectual heróico, os princípios que, presentes em sua cultura política, melhor justificam as doutrinas e o sistema jurídico, concretizando-os, então, no seu julgamento do caso concreto.⁶³²

Nessas situações, o *super-juiz* desbravador e descobridor do sentido correto irá, a partir das *normas*, *princípios* e *diretrizes* bem como do estudo dos *precedentes* – os quais trazem consigo a história das finalidades morais, políticas e sociais da nação –, o direito que existe e é único, mas se acha oculto. Esse *Juiz Hércules* seria, com seu *método argumentativo* e permeado pela *política* e *moral*⁶³³, capaz de *descobrir* quais seriam os direitos das partes, ao invés de ‘*criar*’ novos direitos, papel democrático do Legislativo⁶³⁴, concedendo a partir da visão do *direito como integridade*, a resposta *correta*⁶³⁵.

4 – A esta posição **Habermas** coloca fundadas objeções desde sua concepção de democracia e do discurso⁶³⁶, afirmando que:

Dworkin sabe que, para desempenhar essa tarefa, é preciso pressupor um juiz cujas capacidades intelectuais podem medir-se com as forças físicas de um Hércules. O ‘juiz Hércules’ dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem a visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. Ambos os componentes traçam limites à construção da teoria.⁶³⁷

Mesmo sem adentrar nos tormentosos questionamentos que daí sucedem, principalmente os decorrentes do *pano de fundo* da argumentação – dentre elas a

⁶³² WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 27.

⁶³³ RODRIGUEZ, César. *La Decision Judicial – El debate Hart Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Facultad de Derecho de los Andes, 1997, p. 68-89. Nessa obra, o autor colombiano visita uma decisão da Corte Suprema da Colômbia que decidindo ser ou não direito fundamental a possibilidade do uso, pelo cidadão, de doses pessoais de drogas, concluiu pela negativa. Seu argumento é a de que: “La decisión de Hércules no es determinada por el hecho de que la mayoría de los ciudadanos piense que se debe penalizar el porte y consumo de dosis personales de droga, porque la tarea del juez es proteger derechos, incluso – y sobre todo – contra el parecer de la mayoría. En este caso, la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad milita en favor de la inconstitucionalidad de la prohibición.”

⁶³⁴ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos...*, p.109-119.

⁶³⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio...*; *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000; *O O império do Direito...*, 1999.

⁶³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, p. 252-295.

⁶³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, p. 263.

opção entre a concepção *Liberal e Republicana*⁶³⁸ –, cabe destacar, por relevante, a crítica de **Habermas** ao modelo ‘ideal’ de **Dworkin** no sentido de que o julgador se confundiria anti-democraticamente com a pessoa do próprio autor do ordenamento jurídico, ou seja, “*um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua interpretação diverge de todas as outras.*”⁶³⁹ Logo, partindo da compreensão *habermasiana* de legitimação do direito e pós-metafísico – viragem lingüística –, a postura do julgador *solipsista* de **Dworkin** precisa ser corretamente modulada intersubjetivamente⁶⁴⁰ a partir de pretensões de validade lançadas ao debate argumentativo, no qual não existem, pois, ‘princípios substantivos’ vinculadores ao embate democrático-procedimental (Cap. 7º).

5 – Esse juiz de **Dworkin**, de fato, seria um *paranóico* exemplar⁶⁴¹, onde tudo o que aconteceu, acontece e acontecerá, gira em torno de sua pessoa, tendo condições de ordenar conscientemente a realidade, proferindo, a cada processo, a decisão certa. O *Outro*, pois, faz-se carne. Se visto, todavia, sob a perspectiva retórica, a postura montada por **Dworkin** mantém a estrutura herdada da *Escolástica* (Cap. 1º), e o *Juiz-Hércules* seria o único portador legítimo das chaves da *verdade verdadeira*, primeva. A dominação, a identificação e o *amor ao censor* (**Legendre**), sob novas matizes, relegitimam-se. Afinal, ele assume o papel do *Ausente*, do *onipotente*, *onisciente*, que ao enunciar o Direito, igualá-o à *verdade*. Não é ele quem fala, mas a lei. Em suma: a versão ‘*laica-light*’ do Pontífice: o *Juiz-Hércules*.

⁶³⁸ CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional...*; LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002..

⁶³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*, p. 276.

⁶⁴⁰ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política...*, p. 22: “Contra Dworkin, Habermas configura um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma ‘nação de cultura’, mas sim em uma ‘nação de cidadãos’.”

⁶⁴¹ QUINET, Antonio. O número um, o único. In: QUINET, Antonio. *Na mira do Outro: a paranóia e seus fenômenos*. Rio de Janeiro: Rio Ambiciosos, 2002. p. 18-19: “A falta de divisão subjetiva e a certeza de suas convicções (políticas ou religiosas), além de sua determinação em impor suas idéias, faz do paranóico um atrativo hipnótico para o neurótico, sempre dividido, incerto, à busca de respostas para suas questões, insatisfeito com seu desejo, sua vida e seus amores. Assim, o neurótico encontra nas formações de grupo lideradas por paranóicos o ideal no lugar da causa perdida, o que pode levá-lo ao pior. A partir disso, o paranóico coletiviza os neuróticos divididos, sempre à procura de alguma certeza, de alguém que lhes dê respostas e indique o caminho a seguir – nem que seja para contestar. Ninguém melhor que o paranóico, com sua certeza delirante e unicidade que o faz confundir-se como ideal que representa, para ocupara esse lugar de mestre. (...) O paranóico é um messiânico por estrutura. Ele constrói um delírio em que demonstra ter sido escolhido pelo Outro, como ‘o que acontece com o romente de filiação na paranóia, heróis, fundadores de religião.’”

§ 8º – A Filosofia da Linguagem: **Heidegger** e a questão do ‘ser-aí’

1 – A importância de **Heidegger** no campo jurídico brasileiro é ainda, de certa forma, rejeitada, destacando-se, entretanto, a verdadeira *cruzada* de **Streck**⁶⁴², a partir, principalmente, da influência de **Stein**. Não só por sua relativa complexidade, mas principalmente porque representa uma ruptura com a segurança *cartesiana-kantiana* construída e herdada da *Filosofia da Consciência* (informadora do *senso comum teórico*), bem como pelas conseqüências psíquicas que (pode) provoca(r) sobre a discussão obliterada e obturadora no Direito: *o sentido do ser*. De qualquer forma, pode-se perceber que aqueles que não submetem o desejo às amarras dogmáticas podem procurar novas formas de refazer as indagações sobre as possibilidades de conhecimento, pensando o impensado no Direito. Foi exatamente isto que **Carnelutti**⁶⁴³ fez; e nada mais avalizador do que apresentar a relevância da *ontologia heideggeriana* por suas mãos, principalmente porque suas reflexões sobre **Heidegger** se deram no final da vida, onde talvez a sensação existencial de *finitude* se aguce. Aproveita-se, então, a sensação expressada pelo termo *melancolia* indicado por **Stein**⁶⁴⁴ para tentar encontrar algumas pistas do sentimento de **Carnelutti** após a leitura de ‘*Ser e Tempo*’ de **Heidegger**⁶⁴⁵.

2 – Antes, todavia, cabe fixar – sem pretensão de o fazer de forma completa, mas em apertada síntese – a proposta de **Heidegger**, iniciando-se com ‘*Ser e Tempo*’⁶⁴⁶, obra fundamental para compreensão posterior do desenrolar do trabalho⁶⁴⁷. Rejeitando, pois, a proposta dos *kantianos* que se preocupavam em indagar o *ente* a partir de um *sujeito ideal*, **Heidegger** busca uma análise estrutural – *ontologia fundamental* –, diferenciando *ser* e *ente*. Sua indagação é pelo ‘*sentido do*

⁶⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 165-224.

⁶⁴³ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. In: Rivista di Diritto processuale. Padova: Cedam, 1965, v. XX (II série), p. 4-9; Verdade, dúvida e certeza. In: *Genesis* – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 09, p. 606-609, jul./set. 1998.

⁶⁴⁴ STEIN, Ernildo. *Melancolia*. Porto Alegre: Movimento, 1976, p. 12: “A melancolia é um destes dinamismos do espírito que, pela sua ambivalência e co-originária radicalidade, revela um parentesco com a questão da finitude, do ponto de vista ontológico-existencial. Este o motivo por que ela representará um subsídio importante para desenhar o horizonte no qual enfoca a finitude como instância decisiva do pensamento ocidental.”

⁶⁴⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Fragmento da Melancolia: aproximações sobre a glosa de ‘verdade, dúvida e certeza’ de Carnelutti. In: *Informativo Incijur*, Joinville, n. 50, P. 10-11, set. 2004.

⁶⁴⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schback. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 1 e 2. Importante ressaltar que se maneja a expressão ‘ser-aí’ como sinônimo de ‘pre-sença’, esta última adotada pela tradução brasileira.

⁶⁴⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e conferências*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2001.

ser' e antecipando a resposta: o ser está compreendido dentro do horizonte do tempo, o tempo é a verdade do ser⁶⁴⁸.

A concepção de *ser*, no decorrer da história, segundo **Heidegger**, foi banalizada e se tornou lugar comum⁶⁴⁹, sendo manejada como um *a priori* indiscutível e ponto de partida incontestado da ciência, mesmo sendo vago e utilizado em qualquer enunciação ainda que sem o entender. Daí em diante a *epistemologia* se construiu (Cap. 2º) num paradoxo *mito logicamente* rígido. Ao ser o mais universal dos conceitos, aproxima-se ao 'zero grau de linguagem' (**Barthes**) ao mesmo tempo em que dá e retira sentido de tudo. Evidentemente que essa busca de *sentido* se despe da pretensão de descobrir o sentido primevo escondido que está por detrás do ser, mas tem por escopo o que subsiste na compreensão do *ser-no-mundo*.

3 – Sendo essa a tarefa, procede-se à análise da estrutura formal do *ser*⁶⁵⁰, distinguidas em três momentos: *perguntado* (o sentido do *ser*), *questionado* (o que faz a investigação na sua ocorrência) e *interrogado* (o *ente*, dado que é a partir dele que o *ser* se revela). O *ente*, por sua vez, é tudo o que é⁶⁵¹ (pedras, humano, etc.), mas no caso do *sentido do ser*, este *ente* é o próprio que pensa – quem pensa – denominado então como *ser-aí*. É ele que é *interrogado* antes de tudo. Isto se dá porque o *humano* como *ente*, *já-está* em relação com o *ser*, mesmo sem uma compreensão de si próprio, dado que *já-está* lançado no *mundo*. A compreensão do *ser* mescla-se com a compreensão do *ser-aí*, ou seja, o sentido do *ser* a partir da compreensão do *ser* do *ente*. Não há uma 'metalinguagem' para a compreensão do *ser*, mas um imbricamento do *ser* com o *ente*, que para compreender precisa *ser-aí* na sua *singularidade*. Por esse motivo **Heidegger** afirma que a essência do *ser-aí*

⁶⁴⁸ STEIN, Ernildo. *Melancolia...*, p. 18 "A abordagem da finitude realiza-se aqui, principalmente, numa perspectiva ontológico-existencial. O modelo de análise que conduz as interrogações heideggerianas é o modelo binário: velamento-desvelamento. O filósofo ensaia uma superação da metafísica ocidental, questionando nela precisamente aqueles momentos que mascaram a finitude. Por isso, o projeto heideggeriano procura destruir o núcleo ontoteológico da metafísica ocidental. Em seu lugar situa, como instância privilegiada, o questionamento do ser, partindo da finitude do homem."

⁶⁴⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 27-41: "No solo da arrancada grega para interpretar o ser, formou-se um dogma que não apenas declara supérflua a questão sobre o sentido do ser como lhe sanciona a falta. Pois se diz: 'ser' é o conceito mais universal e o mais vazio. Como tal, resiste a toda tentativa de definição. Esse conceito mais universal e, por isso, indefinível prescinde de definição."

⁶⁵⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 30-41.

⁶⁵¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 32: "Ente é tudo de que falamos, tudo que entendemos, com que nos comportamos dessa ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmo somos."

reside na sua *existência*⁶⁵², devendo-se esclarecer que essa análise *existenciária* não se confunde com as escolhas pessoais (existenciais ou ônticas da vida concreta). E essa estrutura essencial, cabe salientar, mostra-se nos diferentes modos de *ser-aí*, dado que irá condicionar toda a possibilidade de investigação ontológica, conforme assevera **Heidegger**:

É por isso que se deve procurar, na *analítica existencial da pre-sença, a ontologia fundamental* de onde todas as demais podem originar-se. Em conseqüência, a pre-sença possui um primado *ôntico*: a pre-sença é um ente determinado em seu ser pela existência. O segundo é um primado ontológico: com base em sua determinação da existência, a pre-sença é em si mesma 'ontológica'. Pertence à pre-sença, de maneira igualmente originária, e enquanto constitutivo da compreensão da existência, uma compreensão do ser de todos os entes que não possuem o modo de ser da pre-sença. A pre-sença tem, por conseguinte, um terceiro primado que é a condição ôntico-ontológica da possibilidade de todas as ontologias. Desse modo, a presença se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro.⁶⁵³

4 – De outra face, sua pretensão é a de também demonstrar a significação *temporal* do *ser*, enquanto horizonte da *compreensão*. Para tanto, adentra na questão do *ser-no-mundo*⁶⁵⁴ entrelaçando o *mundo*, o *ente* que está no *mundo* e o *ser-em*. Diversamente das pedras, carros, a inclusão do *ser-no-mundo* é constitutiva, não se podendo falar em *pedra-no-mundo* porque somente o humano pode *existir*, sendo, portanto, uma relação *originária, ontológica*. Rompe-se, desta forma, com as pretensões *cartesianas* de isolar o *ser* do *mundo*, como se ele se constituísse apartado, perdendo o sentido a relação *sujeito-objeto* e, mais, a possibilidade do conhecimento *neutro e desinteressado*, porque o *ser-no-mundo* é co-originário da possibilidade de enunciar o *mundo*, e disto ninguém foge: da *linguagem*. Assim é que o *ente* não pode ser visto isolado, devendo o *ser-aí* guardar relação com os *utensílios*, isto é, estar disponível para um uso determinado, para alguma coisa; enviar-se para alguma outra coisa, que desliza. E a multiplicidade de *envios* é o que

⁶⁵² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 39: “Chamamos *existência* ao próprio ser com o qual a pre-sença pode se comportar dessa ou daquela maneira e com o qual ela sempre se comporta de alguma maneira. Como a determinação essencial desse ente não pode ser efetuada mediante a indicação de um conteúdo quididativo, já que sua essência reside, ao contrário, no fato de dever sempre assumir o próprio ser como seu, escolheu-se o termo pre-sença para designá-lo enquanto expressão pura do ser. A pre-sença sempre se compreende a si mesma a partir de sua existência, de uma possibilidade própria de ser ou não ser ela mesma.”

⁶⁵³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 40.

⁶⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 90-91: “A expressão composta ‘ser-no-mundo’, já na sua cunhagem, mostra que pretende referir-se a um fenômeno de *unidade*. Deve-se considerar este primeiro achado em seu todo.

Heidegger denomina *mundo*⁶⁵⁵ (horizonte de significantes)⁶⁵⁶. O *ser-aí* é *singular* e além das coisas que *subsistem* (utensílios), está inserido com outros *ser-aí*, não sendo um mundo isolado, mas sempre *com-outro*, mesmo na solidão, que se dá em face dos outros. Esse imbricamento é decorrência da existência de mais de um *ser-aí*, não podendo se apartar dessa influência estando preso na ditadura do impessoal: *a gente*⁶⁵⁷. Essa dispersão do *ser-aí* no *a gente* é denominada de *queda/abatimento*, sendo parte da constituição ontológica do *ser*, na eterna autenticidade/inautenticidade⁶⁵⁸.

Em face do *mundo* e do *ente*, o *ser-em* é o momento de abertura para o *mundo*, levando o *ser-aí*, na sua *singularidade*, a revelar o *mundo* conforme três comportamentos fundamentais: a) *disposição*⁶⁵⁹: humor/tonalidade, determinação constitutiva capaz de revelar o *ser-aí* sempre de maneira diferente, por estar *ser-lançado* na faticidade do *mundo*, considerado como *enigma* – *ser-aí-face-a-si-mesmo*; b) *compreensão*⁶⁶⁰: sintonizada com o homem, a compreensão liga o *mundo* e o *ser-no-mundo*, e compreendendo descobre *onde* está consigo, projetando o *mundo* em seu *poder-ser* – *ser-já-no-mundo*; c) *discurso*⁶⁶¹: é pela discursividade que o *ser-aí* se liga ao *mundo* ao descobri-lo, porque além de falar,

A impossibilidade de dissolvê-lo em elementos, que podem ser posteriormente compostos, não exclui a multiplicidade de momentos estruturais que compõem esta constituição.”

⁶⁵⁵ STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ‘Ser e Tempo’*. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 21: “Opera-se a forclusão do mundo natural da filosofia. Não sobra um mundo sólido, fundador e referente de nossas discussões e teorias sobre ele, às nossas costas. O exemplo das leis de Newton, que só são quando um estar-aí as formula, mostra o quanto nosso mundo é nossa versão dele. Mas entenda-se bem: a questão do mundo entra na analítica existencial como questão nuclear: como vimos, ‘mundo’ passa a ser um existencial, um elemento fundamental na estrutura do estar-aí; ‘mundo’ se articula no horizonte da compreensão; ‘mundo’ que pode ser pensado, entendido, deve entrar no horizonte de sentido.”

⁶⁵⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 103-163.

⁶⁵⁷ BOUTOT, Alain. *Introdução à filosofia de Heidegger*. Trad. Francisco Gonçalves. Portugal: Europa-América, 1991, p. 34: “O *ser-aí* não se determina mais por ele próprio, mas a partir daquilo que a gente diz. Ele diverte-se como a gente se diverte, ele julga como a gente julga, ele lê o que a gente lê, etc. O ‘a gente’ não é nada nem ninguém, e alivia o *ser-aí* do seu *ser*.”

⁶⁵⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 180-181: “O impessoal encontra-se em toda parte, mas no modo de sempre ter escapulado quando a pre-sença exige uma decisão. Porque prescreve todo julgamento e decisão, o impessoal retira a responsabilidade de cada presença. O impessoal pode, por assim dizer, permitir-se que se apóie impessoalmente nele. Pode assumir tudo com a maior facilidade e responder por tudo, já que não há ninguém que precise responsabilizar-se por alguma coisa. O impessoal sempre ‘foi’ quem... e, no entanto, pode-se dizer que não foi ‘ninguém’. Na cotidianidade da pre-sença, a maioria das coisas é feita por alguém de quem se deve dizer que não é ninguém. O impessoal *tira* o *encargo* de cada pre-sença em sua cotidianidade. E não apenas isso; com esse desencargo, o impessoal vem ao encontro da pre-sença na tendência de superficialidade e facilitação. Uma vez que sempre vem ao encontro de cada pre-sença dispensando-a de ser, o impessoal conserva e solidifica seu domínio caturro.”

⁶⁵⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 188-197.

⁶⁶⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 198-204.

⁶⁶¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 218-242.

pode compreender; articulando *disposição* e *compreender* o *ser-aí* se lança como projeto na discursividade/linguagem – *ser-junto-do-ente*. Desse movimento de um ser lançado em projeto autêntico, **Heidegger** concilia estes momentos: *disposição*, *compreensão* e *discurso*, em uma estrutura unitária denominada *cuidado*, o qual representa a estrutura fundamental do *ser-aí* enquanto *ser-no-mundo*. **Boutot** afirma: “*ser-já-face-a-si-mesmo-em-(mundo) como-ser-junto (do ente encontrado no mundo)*.”⁶⁶²

5 – Esta análise se completa, em ‘*Ser e Tempo*’, com o acréscimo da *temporalidade*, no qual **Heidegger** propõe indicar o *sentido do ser-aí* partindo do *ser-aí* verdadeiramente existente, lançado na cotidianidade. Para tanto, parte da necessidade de perceber o *ser-aí* em sua *totalidade*, a qual somente pode ocorrer com a *antecipação da morte*, entendida como a possibilidade da impossibilidade extrema do *ser-aí*. Por isso **Stein** afirma: “*O homem, portanto, não é finito porque tem um fim, porque termina. É finito porque é o único ser que sabe de seus limites, que pode contar positivamente com eles.*”⁶⁶³

Com o *ser-para-a-morte* – e a antecipação da *totalidade* –, deduz-se que o *ser*, para o *ser-aí* é *ser temporal*, entendida como uma *temporalidade* originária que segue três direções em busca do *cuidado autêntico*. Elas se dividem em *futuro originário*, no qual o *ser-aí* antecipa o futuro em seu próprio *poder-ser*. De outro lado, o movimento de retorno ao seu *já-estar-lançado-no-mundo* indica o *passado originário*, o *ter-sido*. Com a projeção do *futuro (poder-ser)* e o *passado jorrando (ser-sempré-já)*, o *presente* descobre o *mundo* que é, a cada momento, o seu. Logo, o *presente originário/autêntico* é o *instante*⁶⁶⁴, que se não confunde com a temporalidade corriqueira. Esse processo, todavia, é co-originário e na sua unidade demonstra a *temporalidade* e possibilita o *cuidado*. Mediante isto se dá o *acontecimento/advento* pelo qual o *ser-aí* ocorre a ele próprio.

⁶⁶² BOUTOT, Alain. *Introdução à filosofia de Heidegger...*, p. 37.

⁶⁶³ STEIN, Ernildo. *Melancolia...*, p. 52 e 71: “A finitude vista nesta perspectiva não apresenta nada de negativo. É, pelo contrário, a marca definitiva de todo ser e agir do homem. É a sua situação. Consciente ou não, ela integra e unifica toda a sua experiência. Sem a certeza de que existe de modo finito, o homem não seria homem. Esta é a finitude primeira. Dela se derivam todas as afirmações sobre o fim e os limites do ser humano.”

⁶⁶⁴ BOUTOT, Alain. *Introdução à filosofia de Heidegger...*, p. 40: “No instante, o *ser-aí* torna-se livre para o seu mundo e descobre as possibilidades concretas e as circunstâncias determinadas que se oferecem ao seu agir.”

6 – Com efeito, o *cuidado*⁶⁶⁵ – marca da condição humana no sentido existencial do *ser-aí* – implica o fato de que o homem não é mais exterior ao *mundo*, liquidando com a posição de *observador*, e em seus três momentos se funda de maneira diferente sobre a temporalidade *existenciária* do *ser-aí*, pois o *compreender/existência* liga-se ao *futuro* (o *ser-aí* projeta-se – o-*ser-adiante-de-si*), enquanto a *disposição/faticidade* refere-se ao *passado* (o *ser-aí* ter-sido – já-ser-em) e o *discurso/interpelação/decaída* vincula-se ao *presente*, podendo-se abrir para uma história singular⁶⁶⁶. O caminho mais acessível à *autenticidade*, segundo **Heidegger**, é a *angústia*, entendida como sensação inefável que se não poderá compreender.

Cumprе indicar, com **Stein**, que a alegoria da *cura/cuidado* foi inspirada na seguinte fábula:

Quando um dia o Cuidado atravessou um rio, viu ele terra em forma de barro: meditando, tomou uma parte dela e começou a dar-lhe forma. Enquanto medita sobre o que havia criado, aproxima-se Júpiter. O Cuidado lhe pede que dê espírito a esta figura esculpida com barro. Isto Júpiter lhe concede com prazer. Quando, no entanto, o Cuidado quis dar seu nome a sua figura, Júpiter o proibiu e exigiu que lhe fosse dado o seu nome. Enquanto Cuidado e Júpiter discutiam sobre os nomes, levantou-se também a Terra e desejou que à figura fosse dado o seu nome, já que ela tinha-lhe oferecido uma parte do seu corpo. Os conflitantes tomaram Saturno para juiz. Saturno pronunciou-lhe a seguinte sentença, aparentemente justa: Tu, Júpiter, porque deste o espírito, receberas na sua morte o espírito; tu, Terra, porque lhe presenteaste o corpo, receberás o corpo. Mas porque o Cuidado por primeiro formou esta criatura, irá o Cuidado possuí-la enquanto ela viver. Como, porém, há discordância sobre o nome, irá chamar-se 'homo' já que é feita de 'humus'.⁶⁶⁷

Esta alegoria representa a pretensão de que o *cuidado* possua o homem enquanto este viver, sendo o *ser* do *ser-aí*, ao contrário da idéia de imanência ideal do *eu*. Dito de outra maneira, ao *mundo* se dedica o *cuidado* e o *ser* é aquele que dedica *cuidado* ao *mundo*, numa rede de atenções tanto em relação ao *passado* como ao *futuro* no *presente*, inseridas no *mundo* da linguagem.

⁶⁶⁵ STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre 'Ser e Tempo'*..., p. 85: "Com a definição do homem como cuidado, Heidegger quer encontrar uma estrutura prática que ele chamará de estar-no-mundo, numa espécie de confronto com o destaque teórico que aparece na definição tradicional de homem."; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*..., p. 243-300.

⁶⁶⁶ STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p. 107-108.

⁶⁶⁷ STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre 'Ser e Tempo'*..., p. 87-88. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*..., p. 263-264.

7 – Em suma, a estrutura sistemática de *‘Ser e Tempo’* se dá pela fixação preliminar do *sentido do ser*, em seguida reconhece que o único *ente* que pode compreender é o homem, o *ser-aí*, o qual é *ser-no-mundo*; e *ser-no-mundo* é *cuidado*, o qual, por sua vez, é *temporal*. É certo que *‘Ser e Tempo’* é uma obra inacabada e **Heidegger** nunca publicou a terceira parte. Em escritos posteriores, sem desprezar a construção de *‘Ser e Tempo’*, dedicou-se sobre a questão do *ser* e sua *verdade*, denominado por *viragem*, no qual deixa de indagar o *sentido do ser* para se dedicar sobre a *verdade do ser*, do *ser enquanto ser*, então iniciada.

8 – Neste pensar, vai-se o *método* que tinha por base uma *consciência* meta-teórica, *cartesiana*, na pretensão de ser espelho do mundo, para se converter numa prática do *ser-no-mundo*⁶⁶⁸, tendo como lastro a *alétheia* (velamento – desvelamento) e o *círculo hermenêutico*⁶⁶⁹, mediante a aplicação de um método no horizonte adequado⁶⁷⁰. Isso se tornou possível porque houve o que **Stein** denomina de *encurtamento hermenêutico* decorrente da “*rejeição de Deus e das ‘verdades eternas’ e a forclusão (rejeição) do mundo e a rejeição das leis naturais (...) e a superação da relação sujeito-objeto, base das teorias da consciência.*”⁶⁷¹

De sorte que a idéia de *circularidade* ganha relevo, uma vez que o *homem* e o *ser* precisam se *compreender* reciprocamente, não havendo um isolado do outro, avistando-se a partir de uma *ontologia fundamental*.

A circularidade aparece mais acentuada quando o círculo hermenêutico é apresentado como não possuindo uma distinção entre sujeito e objeto. Quando, portanto, no discurso das ciências humanas, já sempre está implicado o sujeito no objeto que ele afirma ou examina, de tal modo que a relação sujeito/objeto nunca se dá com uma distinção clara como a do campo empírico-matemático. Há, aí, uma circularidade entre fundante e fundado que não invalida o resultado das

⁶⁶⁸ STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre ‘Ser e Tempo’*..., p. 50: “Uma obra, portanto, indicando um novo começo para a filosofia: a hermenêutica do ser-aí. Como ponto de partida: não mais uma substância, nem um ente necessário, nem o ‘cogito’ cartesiano, nem a filosofia transcendental, nem a filosofia especulativa, nem a fenomenologia da consciência, mas a hermenêutica do ser-aí.”

⁶⁶⁹ STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia*: um estudo do modelo heideggeriano. São Paulo: Duas Cidades, 1973, p. 45: “Esta interrogação se realiza através do círculo hermenêutico que repousa na constituição circular do ser-aí; este se movimenta no ser, enquanto o ser nele se manifesta e simultaneamente o sustenta. No pensamento de Heidegger instaura-se desta maneira uma ontologia sob o signo da finitude.”

⁶⁷⁰ STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia*..., p. 45: “O método será a fenomenologia esboçada em *Ser e Tempo*. o horizonte será o tempo que desde a antiguidade se liga ao ser. Para analisar o ser vinculado ao tempo é preciso partir daquele ente que esconde em suas estruturas o tempo enquanto seu sentido: o ser-aí. É preciso, portanto, partir da facticidade do ser-aí, em cujas estruturas radica a temporalidade, para determinar o ser como tempo. Tal é possível sem que se corra o risco de errar a analítica porque o único ente cujo ser consiste em compreender o ser, é o homem.”

⁶⁷¹ STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre ‘Ser e Tempo’*..., p. 28.

afirmações que se fazem por esse caminho. A idéia de círculo hermenêutico, portanto, não é apenas uma questão filosófica, hermenêutica, mas é também uma questão de caráter científico, na medida em que ingressa no campo da própria argumentação científica.⁶⁷²

A *ontologia fundamental heideggeriana* faz perceber que a clássica definição de *verdade como adequação* perde sentido, uma vez que a *verdade* será o *ente* em seu *ser-descoberto* pelo *ser-aí*, já inserido *no-mundo* e não de um conhecimento do *sujeito universal, a-histórico, eterno*⁶⁷³, em relação ao objeto:

A verificação se cumpre com base num mostrar-se dos entes. Isso só é possível pelo fato de que, enquanto proposição e confirmação, o conhecimento é, segundo seu sentido ontológico, um ser que, *descobrendo*, realiza seu *ser para* o próprio ente real. A proposição é *verdadeira* significa: ela descobre o ente em si mesmo. Ela propõe, indica, ‘deixa ver’ o ente em seu ser e estar descoberto. O *ser-verdadeiro (verdade)* da proposição deve ser entendido no sentido do *ser-descobridor*. A verdade não possui, portanto, a estrutura de uma concordância entre conhecimento e objeto, no sentido de uma adequação entre um ente (sujeito) e um outro ente (objeto). Enquanto ser-descobridor, o ser-verdadeiro só é, pois, ontologicamente possível com base no ser-no-mundo. Esse fenômeno, em que reconhecemos uma constituição fundamental da pre-sença, constitui o *fundamento* do fenômeno originário da verdade.”⁶⁷⁴

9 – O homem, com efeito, dando conta de sua *finitude*, rejeita a possibilidade de uma compreensão de *ser infinita*. A *alétheia*, pois, cumpre papel de protagonista, por ser a chave do modelo binário, enquanto *desvelamento*, retirando o *velamento*, isto é, aquilo que se mostra, o *ente* conforme seu modo de *ser* descoberto. Assim, diz Heidegger, “*toda verdade é relativa ao ser da pre-sença na medida em que seu modo de ser possui essencialmente o caráter da pre-sença*.”⁶⁷⁵ Então, descobrir a *verdade* é um modo de *ser* do *ser-aí*, co-originariamente no *mundo*⁶⁷⁶ e não de um

⁶⁷² STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica...*, p. 141.

⁶⁷³ STEIN, Ernildo. *Melancolia...*, p. 78: “Portanto, a condição geral do ser-aí, enquanto revela e vela o ser e a sua verdade, aponta para a verdadeira dimensão do ser como velamento e desvelamento. Somente a partir da finitude do ser-aí é possível compreender tal ambivalência. Assim se entenderá o sentido da referência que Heidegger faz às ‘verdades eternas’. O horizonte ontológico, em que situa sua análise da verdade, não admite tais verdades, a não ser que se prove a eternidade do próprio ser-aí. Somente são possíveis as verdades relativas ao próprio ser-aí, pois verdade é desvelamento e este se instaura na abertura da facticidade do ser-aí. Toda esta afirmação deve ser interpretada no horizonte de sua própria interrogação, a dimensão ontológica. No plano ôntico, tais afirmações perdem seu sentido. Heidegger parte do fato do ser-aí. Renuncia, assim, em seu ponto de partida, ao ‘sujeito ideal’, ao ‘eu puro’, à ‘consciência em geral’.”

⁶⁷⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 286-287.

⁶⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 296.

⁶⁷⁶ STEIN, Ernildo. *Melancolia...*, p. 74-75: “A estrutura da preocupação enquanto ser diante-de-si-mesmo – já-ser-no-mundo – ser-junto-dos-entes-intramundanos traz em si a abertura e a revelação do ser-aí. Com ela e através dela, constitui-se o ser-descoberto. (...) Ao ser-aí pertence, por conseguinte, a revelação em geral; ela é elemento constitutivo de seu ser. Todo o fenômeno da preocupação está ligado à revelação. Mas, assim como o

sujeito *ideal*, como queria **Kant**⁶⁷⁷, garantido pelo *Outro*, já que para **Kant**: “*Deus está no começo de minha explicitação (conhecimento), por isso, atinjo o real.*”⁶⁷⁸ Ou seja, o *ser* não é centrado em si mesmo, mas aberto para o *mundo*, interagindo com ele na pretensão de sair da *inautenticidade*.

§ 9º – O *ser-aí* desvelado: **Carnelutti** e a morte do sujeito único

1 – Diante deste recorte, demonstrou-se que a acolhida singela do *sujeito interpretante* como *ideal*, capaz de ser acoplado por qualquer intérprete, esbarra no *velamento* da questão do *ser-aí*. Ao se *desvelar* o *sentido* e a *verdade* do *ser-aí*, toda a pretensão da hermenêutica informada pela *Filosofia da Consciência* de chegar ao *significado primevo* dos *entes* somente pode ser feita *singularmente* e não mais de maneira universal: a *verdade* é relativa ao *ser-aí*. Essa constatação implica uma luta contra a *inautenticidade* (a autenticidade mal-compreendida)⁶⁷⁹ e em rever a questão da hermenêutica jurídica; em especial, abjurar as formas clássicas herdadas da *Filosofia da Consciência*⁶⁸⁰, mas ainda prevalentes – como se apontou – no *senso comum teórico* dos juristas⁶⁸¹.

Portanto, bem à propósito, sustenta **Streck**:

O mundo só se nos dá na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas. O *ser-no-mundo* nada tem daquele ‘sujeito’ do cogito da filosofia moderna, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe a um ‘objeto’ entendido como simples-presença. O *estar-aí* nunca é algo de fechado de que há que sair para ir ter com o mundo; o *Dasein* já é sempre e constitutivamente relação com o mundo, antes de toda a distinção artificial entre

ser-aí está na autenticidade e inautenticidade, e pelo fato de ele ser também decaída, o *ser-aí* simultaneamente ocultação, fechamento. Desta maneira, o *ser-aí* sempre está também na não-verdade.”

⁶⁷⁷ STEIN, Ernildo. *Melancolia...*, p. 102: “Desde a crise do fundamento da metafísica ocidental, partiu-se a unidade do saber humano. Rompeu-se a concepção unitária da verdade, uma vez perdido seu fundamento ontoteológico que possibilitava a definição de verdade como ‘adequatio’: verdade é a adequação entre a inteligência e a coisa. Tendo a subjetividade tomado o lugar de Deus como fundamento, e tendo ela eliminado o modelo dividido do conhecimento humano, a definição da verdade como adequação torna-se impossível; se ela subsiste, ainda por muitos séculos, isto acontece graças a um formalismo que ignora seu próprio vazio.”

⁶⁷⁸ STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia...*, p. 150.

⁶⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 52-252.

⁶⁸⁰ STEIN, Ernildo. *Melancolia...*, p. 10: “Revelo apenas a covardia diante da realidade, daqueles que fugiram da finitude, enganados (ou fascinados) pelo mal-entendido que nos vem de Platão.”

⁶⁸¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 299: “Afirmar ‘verdades eternas’ e confundir a ‘idealidade’ da presença, fundada nos fenômenos, com um sujeito absoluto e idealizado pertencem aos restos da teologia cristã no seio da problemática filosófica, que de há muito não foram radicalmente expurgados. O *ser* da verdade encontra-se num nexos originário com a *pre-sença*. E somente porque a *pre-sença* é, enquanto o que se constitui pela abertura, ou seja, pela compreensão, é que se pode compreender o *ser* e que uma compreensão ontológica é possível.”

sujeito e objeto.⁶⁸²

2 – Pois bem, em ‘*Verdade, dúvida e certeza*’, **Carnelutti** reconhece a inconsistência da diferenciação entre ‘*Verdade Material e Verdade Formal*’ defendida por ele⁶⁸³ e propagada pelo campo jurídico, cujos efeitos ainda hoje são constatáveis:

Falei da verdade, assinalando como o escopo do processo a investigação da verdade substancial e, como resultado, a obtenção de uma verdade formal. Mas não era, embora algo comum, uma distinção fundada. A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e por que, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem.⁶⁸⁴

A concepção dualista da *verdade*, dicotomizada entre essência/matéria, corpo/espírito deixa-se desnudar no lamento lançado por **Carnelutti**, quando percebeu que a *linguagem* não é mais esse terceiro que pode dar a ponte (segura) entre esses dois mundos. Ao perceber a *finitude* do *ser-aí*, inexistem mais *verdades* eternas. Tal rompimento, contudo, não se fez (e não se faz) sem ranhuras. O conforto metafísico da *verdade* fundante, primeva, passível de ser alcançada/descoberta faz construir prédios inteiros, e a *Filosofia da Consciência* está aí – viva – para demonstrar. Esses prédios, todavia, após o desvelar do *cuidado* e da *finitude* do *ser-aí*, balançam e são desabitados. Não há mais estrutura sólida sustentadora do verdadeiro edifício da *verdade*. Sobram opções de morada...

3 – Ao desvelar não mais o *ser* como *ente* – a *Metafísica* indaga o *ente*, não se cansa de afirmar **Streck** –, mas percebendo o sentido do *ser-de-um-ente/ser-aí*, desde sempre incluído no *mundo* da linguagem, **Heidegger** acaba por matar a possibilidade do conhecimento fundante, no qual **Carnelutti** acreditou. De sorte que o que era seguro se move, agora, em terreno pantanoso; o pântano, como tal, não dá a firmeza conferida pela dicotomia essência/matéria. Exige mais. Exige a compreensão não mais sólida e rígida, mas volátil – na percepção ontológica da *verdade-em-si-mesma* – da própria utilização do predicado verdade embrenhado

⁶⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 180.

⁶⁸³ Importante a discussão anteriormente travada entre Carnelutti e Eugenio Florian sobre a verdade material e formal. Consultar: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito..., p. 177-178.

⁶⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Verdade, dúvida e certeza...*, p. 606.

desde sempre *na* e *pela* linguagem. Afinal, não há coisa alguma onde falta a palavra ou, como disse **Lacan**, não há metalinguagem (Cap. 1º).

Então, dizendo que a leitura de *Ser e Tempo* de **Heidegger** fez compreender o conceito de *parte* e, como para conhecer o *todo* é necessário *conhecer a parte e o restante*, sendo tal pretensão impossível ao *homem*, mas somente possível, diz **Carnelutti**, para *Deus*, sem mais possibilidade da *verdade*, operou a substituição pela *certeza*: “*Em síntese, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos a tentar compreender, por que Cristo disse: ‘Eu sou a verdade’. Portanto, a minha estrada, começada por atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da verdade, pela da certeza.*”⁶⁸⁵. Rejeitando, por sua vez, a *certeza* como *ver* – sua posição anterior – evoluiu para entender *certeza* como *escolha* e se é *escolha* e alguém deve escolher, aí reside o *drama do processo*. Mas: ‘*Escolher entre o quê? Escolher por quê?*’, com estas indagações **Carnelluti** volta-se para aquele que irá julgar e reconhece que “*afinal de contas, o juiz não pode jamais eliminar cem por cento*”⁶⁸⁶ a dúvida, e, além disso, no Direito há espaço para raciocínios de *exceção* que retiram a segurança prometida da *premissa maior*. Entretanto, como anota **Miranda Coutinho**: “*É vero, como se sabe, que a exceção tem imenso valor no direito, sendo sensível desde que se convive com ela; mas o discurso – o senso comum – não a admite, dado a segurança jurídica estar justamente na regra, que se quer invulnerável.*”⁶⁸⁷

4 – Ao esbarrar com a *finitude* proposta por **Heidegger**, **Carnelutti** talvez foi tomado pelo sentimento a que se refere **Stein**: a *Melancolia* e “*o desejo de plenitude e de aniquilamento que habita a melancolia.*”⁶⁸⁸ Desse *des-velamento* **Carnelutti** tinha pelo menos duas saídas: a primeira era trazer a *linguagem* para o centro da compreensão, andando em terreno à época árido, enjeitando tudo que havia construído; a segunda clamava pelo preenchimento da *verdade verdadeira* advinda da razão por alguma outra coisa. E como a *verdade* é demais para o homem, dizia **Carnelutti**: só *Deus* salva, ele é a *verdade* (Cap. 1º). Esse recurso também

⁶⁸⁵ CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza..., p. 607.

⁶⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza..., p. 607.

⁶⁸⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito..., p. 187.

⁶⁸⁸ STEIN, Ernildo. *Melancolia*..., p. 14.

Metafísico veio preencher a *falta* constitutiva no registro do *Simbólico*. A alguma coisa ele precisava se apegar, e se apegou a *Deus*. A principal contribuição desse *fragmento melancólico* de dor pela perda da segurança de antes não está nas suas conclusões, as quais se voltam ao dualismo. Isso porque pretende se salvar desde dentro dessa divisão essência/matéria, obtendo, assim, um resultado metafísico: *Deus-Certeza*. Se deu conta (talvez para si) do nó da questão, porém não soube se livrar de suas pré-noções, pré-concepções, ao elaborar a resposta, aproximando a decisão do juiz à religião, ao *Outro*: “*Reaparece, aqui, na memória, o antigo parentesco entre o juiz e o sacerdote.*”⁶⁸⁹ Invocando o *Outro*, colocou a decisão como um ato de *certeza guiado pela fé!* A estrutura de ‘amor ao censor’ apontada por **Legendre** (Cap. 1º), em **Carnelutti**, se mantém, pois.

5 – Por efeito, o estudo da obra de **Heidegger** se mostra necessário, porquanto radicaliza a hermenêutica desde uma análise da *compreensão* a partir da *ontologia existencial* e não da *epistemologia*. A ‘*ontologia heideggeriana*’ vê na *compreensão* uma estrutura fundamental da existência humana, como uma forma de *ser e estar* mais básica que a atividade científica, deixando de isolar o *sujeito* do *objeto*. Desta forma, a hermenêutica não pode ser uma reflexão sobre *métodos de interpretação* de textos, mas uma interpretação das estruturas básicas do *ser-aí* (*Dasein*), eis que da *linguagem* não há como fugir, ela é condição de possibilidade dos acordos intersubjetivos, da enunciação, enfim, do *Simbólico*. Não se trata, contudo, de uma metodologia, e sim do que sempre ocorre numa *compreensão*, da ordem do *singular*. A *compreensão* é um modo de ser humano. Assim é que **Heidegger** já havia antecipado as condições de possibilidade do conhecimento histórico como projeções de sentido derivadas da própria situação do intérprete – de seu *círculo hermenêutico* – para o qual a *compreensão* é a via de clarificação de tais estruturas. Sustenta **Streck**: “*Como visto, então, para Heidegger compreender não é um modo de conhecer, mas é um modo de ser, isto porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão (o homem já sempre compreende o ser). A verdade não é uma questão de método. Será, sim, uma questão relativa à manifestação do ser, para um ser cuja existência consiste na compreensão do ser.*”⁶⁹⁰

⁶⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza..., p. 609.

⁶⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 186.

Da *compreensão* do *ser-aí* não se pode fugir, por se estar envolvido desde sempre na *existência* (ontológica) do indivíduo. E essa *existência* não se dá a partir da razão, mas sim de (in)compreensões do mundo e do lugar que se ocupa nele e das (in)compreensões que se tem delas próprias, deslizando infinitamente no *significante* (**Lacan**). Esse movimento de *ontologia fundamental* efetuado por **Heidegger** demonstra que a interpretação do *ser-aí* é feita pelo *ser-aí* para o *ser-aí*, constituindo a *existência* sua própria base. Sem isso, incorre-se nos equívocos da *Metafísica*. De outro lado, a questão do *ser-aí* envolve o reconhecimento da *historicidade* do próprio homem, por seu lugar na história que, todavia, o transpassa.

6 – Nesta ordem de idéias, **Heidegger** aduz:

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.⁶⁹¹

Assim é que o *juiz-aí* dirigindo-se ao Fórum, conduzindo uma audiência judicial ou proferindo uma sentença, interpretando, não escapa de *estar desde então no mundo*⁶⁹². Essa *espacialidade* significa a localização *finita* do homem, sujeita às contingências do local, não se podendo aceitar, portanto, a homogeneidade espacial, de um lugar abstraído do mundo⁶⁹³. Daí que a visão *cartesiana* de mundo desconsidera esse *estar-no-mundo* e debruça-se sobre a natureza das coisas – mundo objetivo –, vista pelo sujeito único ontologizado, enfim, o *eu* é também uma *coisa* perdida no mundo⁶⁹⁴, daí seu ‘mal estar’, diria **Freud** (Cap. 1º).

⁶⁹¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 207.

⁶⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 28: “Los jueces, como cualquier outro mortal, son sujetos de carne y hueso, con sus pasiones y sentimientos, sus defectos y virtudes, y también con sus creencias e ideologías.”

⁶⁹³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. In: *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n. 10, p. 47-59, 2003, p. 52: “O homem não é um num lugar e outro noutro lugar; ele não se despe. É que nem o juiz, que não deixa a toga e com isso não deixa sua judicatura para ir para casa. E é exatamente porque os papéis se confundem que de repente ele vira juiz em casa e marido no fórum. E acontecem, por tais coisas desagradáveis, como relatam os psicanalistas. Enfim, é preciso pensar nos juízes enquanto pessoas, enquanto seres humanos que são conduzidos por alguma coisa que nem eles disso (o inconsciente) sabem.”

⁶⁹⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 208: “Sentido é um existencial da pre-sença e não uma propriedade colada sobre o ente, que se acha por ‘detrás’ dela ou que paira não se sabe onde, numa espécie de ‘reino

7 – Por se estar vinculado a um *mundo* compartilhado com *outros* – reitere-se –, a própria percepção do *ser-aí* não se dá isoladamente, uma vez que o *ser-aí* é também um *ser-aí-com*. Lembre-se que se não é *ser-do-mundo*, e sim *ser-no-mundo*. Diferentemente do *ser-aí-entre-outros*, situação que desconsidera a condição prévia de intérprete do mundo, o *ser-aí-com-outros* aterra a distância dualista. Em outras palavras, a relação é unidimensional. A compreensão, pois, faz-se a partir do rompimento da condição do *observador* e se adentra no *círculo argumentativo*⁶⁹⁵, dado que ao *se-já-estar-no-mundo* não se pode sair dele ileso. Ademais, diz **Heidegger**, o importante é não sair do *círculo*, mas entrar nele de maneira certa.

8 – Para os fins desta pesquisa, entretanto, procede a crítica formulada por **Stein** sobre a ausência de uma dimensão do *desejo* no *ser-aí*⁶⁹⁶, dado que na proposta de **Heidegger**⁶⁹⁷, apesar de a consciência não ser mais a da *Metafísica*, deixa a *latere* o *inconsciente*:

A hermenêutica desconhece a economia libidinal. As pulsões, os desejos não aparecem como existenciais e por isso o sonho também não existe. É certamente uma das grandes ‘falhas’ da analítica existencial: o estar-aí não sonha. Ele não incorporou a ferida do ego que a psicanálise trouxe para o narcisismo. É por isso que reina uma grande asepsia no reino do ser-no-mundo. (...) Sem uma economia libidinal, o estar-aí parece muito o ‘homem’ orgulhoso do século XIX. É certo, livre da onipotência da razão, mas ainda não marcado pela consciência dos

intermediário’. A pre-sença só ‘tem’ sentido na medida em que a abertura do ser-no-mundo pode ser ‘preenchida’ por um ente que nela se pode descobrir. *Somente a pre-sença pode ser com o sentido ou sem sentido*. Isso significa: o ser próprio ser e o ente que se lhe abre podem ser apropriados na compreensão ou recusados na incompreensão.”

⁶⁹⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo...*, p. 210-211: “O ‘círculo’ da compreensão pertence à estrutura do sentido, cujo fenômeno tem suas raízes na constituição existencial da pre-sença, enquanto compreensão que interpreta. O ente em que está em jogo seu próprio ser como ser-no-mundo possui uma estrutura de círculo ontológico. Deve-se, no entanto, observar que, se do ponto de vista ontológico o ‘círculo’ pertence a um modo de ser do que é simplesmente dado, deve-se evitar caracterizar ontologicamente a pre-sença mediante esse fenômeno.”

⁶⁹⁶ STEIN, Ernildo. *Melancolia...*, p. 23: “Falaremos de uma finitude que não sonha, que não sente fome nem sede, que não ama, mas que é condição daquele que sabe que sonha, que tem sede e fome e sabe o que é amor. Revelaremos uma finitude que é a condição primeira para o homem tomar distância de si e assumir-se, não como negação, mas como maravilha.”

⁶⁹⁷ HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*. Trad. Gabriella Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. São Paulo: EDUC; Petrópolis: Vozes, 2001, p. 222-223: “O que em Kant é aquilo que transcende a percepção, por exemplo, o fato de que a pedra fica quente *porque* o sol brilha, em Freud é ‘o inconsciente’. Estou falando de pensar e experienciar e não de saber, porque saber refere-se a um saber no sentido da certeza (consciência) indubitável. A minha tese é a que a essência humana é compreensão do ser. Posso experienciar a essência humana a partir da compreensão do ser. Esta experiência só se torna hipótese no momento em que eu me coloco a tarefa de compreender e observar sob determinado ponto de vista.”

limites trazidos por Freud e sua teoria das pulsões.⁶⁹⁸

Todavia, seu *desvelar* é fundamental para o projeto em construção, uma vez que o *inconsciente* surge na conduta perpetrada, no processo judicial, no ato sentença, enfim, *está-aí*, motivo pelo qual essa mediação, já efetuada (Cap. 1º), será retomada adiante, pois o *ser-aí* está na *linguagem*, inscrito de *significantes inconscientes* que retornam, sempre.

§ 10 – Na mesma balada, agora com **Gadamer**

“Ser que pode ser compreendido é linguagem.” Gadamer

1 – A linguagem se converte, pois, na mediação – *pano de fundo* – do entendimento intersubjetivo e a interpretação do mundo. Substitui-se, assim, a teoria do conhecimento pela *hermenêutica*, avivando a importância de **Heidegger** e **Gadamer**, estando a compreensão submetida ao espaço de *estar-no-mundo*, a qual, por sua vez, gera modificações importantes na maneira como se interpreta o direito.

Na mesma direção, **Gadamer**⁶⁹⁹ dedicou-se à *compreensão*. Para ele, a ciência vinculou-se à utilização privilegiada de um *método* capaz de dar conta do controle da natureza, dominado pela mente humana: “A *hermenêutica aqui desenvolvida não é, por conseguinte, uma metodologia das ciências humanas, mas a tentativa de compreender o que as ciências humanas são na verdade, para além da sua auto-consciência metodológica, e o que as liga à totalidade da nossa experiência do mundo.*”⁷⁰⁰ Insiste num retorno à filosofia prática, articulando sua *Filosofia Hermenêutica* na pretensão de justificar e defender a *razão prática* contra a dominação da ciência e sua idolatria ao *método*. Ao invés de conceder a tarefa ao cientista, procura reestabelecer a responsabilidade dos indivíduos. Ataca a compreensão positiva da razão, negando toda formulação epistemológica como o centro da racionalidade, opondo uma concepção ontológica calcada na perspectiva prática. Assim, a linguagem passa a ser a forma básica da existência humana.

2 – **Gadamer**, com efeito, indica alguns *prejuízos* que atravessam o próprio ato de compreender e conceitua como *horizontes* o marco de referência, ou ponto

⁶⁹⁸ STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre ‘Ser e Tempo’*..., p. 129-130.

⁶⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

⁷⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*..., p. 34.

de partida, no qual se encontra a própria tradição do indivíduo. Para que o sujeito tenha uma interpretação *histórica* é necessária a *fusão de horizontes*, movimento pelo qual o horizonte do *objeto* se junta ao do *sujeito* no horizonte temporal. A *fusão de horizontes* limitados, do sujeito e do texto, criam um significado compartilhado⁷⁰¹ no qual ambos estão envolvidos. A tarefa da compreensão é a integração ou a tradução do que se pode dizer. Para entender um texto de uma forma nova deve se ter a relação com situações concretas, decorrentes de sua tradição cultural. Pode-se trazer o passado das compreensões para juntamente com o presente transformar. A interpretação é, dessa maneira, um momento histórico efetivo da vida.

Os *horizontes*, por sua vez, formam-se através das fusões dos *prejuízos* do sujeito interpretante, que se confirmam, concretizam ou se alteram. A *compreensão* está vinculada a interpretação, e o intérprete não se aproxima do objeto como uma tábula rasa, mas como alguém que leva consigo um horizonte de expectativas (crenças, práticas, conceitos, etc.). Olha o seu objeto a partir das perspectivas abertas por dito horizonte. É através dele que fundindo horizontes (linguagem + tradição) é possível uma interpretação, motivo pelo qual não cabe pensar em uma interpretação correta, já que ela é uma mediação hermenêutica entre diferentes mundos de vida. A apropriação interpretativa da própria tradição histórica tem uma estrutura '*circular*'. É uma reaproximação de um desenvolvimento ulterior da mesma tradição a que ambos, intérprete e objeto, pertencem, num encontro entre passado e presente, ciente das pre-compreensões inerentes ao processo dialógico.

Sustenta **Gesta Leal**:

A hermenêutica de que fala Gadamer é realizada por um sujeito histórico, que parte de condições espaciais e temporalmente dadas, contando também com estruturas prévias de pré-compreensão, ou seja, em todo o processo de compreensão se parte de pressupostos ou pré-juízos – no sentido etimológico de juízos prévios – que viabilizam e constituem uma certa memória cultural presente em teorias, mitos, tradições, etc. Significa dizer que o sujeito que compreende não parte do zero, mas, ao contrário, conta com toda uma história que lhe caracteriza e mesmo o define como sujeito.⁷⁰²

⁷⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método...*, p. 591-592: “O pressuposto da linguagem é sempre o caráter comum de um mundo, ainda que seja somente um brinquedo (...) A linguagem não está aí como um simples instrumento de que lançamos mão, ou que constituímos para nós, com o fim de comunicar e fazer distinções com ele.”

⁷⁰² GESTA LEAL, Rogério. *Hermenêutica e Direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002, p. 144.

3 – Afirma **Gadamer** que: “*Uma interpretação definitiva parece ser uma contradição em si mesma. A interpretação é algo que sempre está em marcha, que não conclui nunca. A palavra interpretação faz, pois, referência à finitude do ser humano e a finitude do conhecimento humano*”⁷⁰³. Por isso **Gadamer** sustenta que somente através do *outro* ganha-se o conhecimento de si mesmo⁷⁰⁴. Nesse diálogo dialético entre interlocutores, *o ato de compreensão do outro e com o outro significa romper as barreiras unilaterais* – pré-conceitos –, abrindo espaço para a *alteridade*, deixando de ser uma experiência isolada para ser coletiva, em comunidade, eis que o lugar privilegiado da experiência humana é a intersubjetividade. A *phrónesis* é a capacidade de saber o que corresponde a cada um, a medida e a paciência. Porém, o acesso a ela somente é possível com um ato de *compreensão* que se satisfaz ao alcançar a comunidade pela busca da *compreensão*, traçando-se o espaço intersubjetivo articulado com a dimensão moral.

De forma que o verdadeiro ‘giro pragmático’ se deu com a interpretação da linguagem como parte da ação e na interpretação que **Gadamer** faz da obra de **Aristóteles**, segundo o qual a compreensão não se adquire com um método, mas como uma prática. É um saber como; a compreensão é uma forma de *phrónesis*. Ela deve sopesar as conseqüências dos atos que se proponham a qualquer fim, num campo em que o ‘outro’ conta e opina. **Gadamer** aborda a *phrónesis* jurídica, na qual o juiz se relaciona com as partes no mesmo nível, com a tradição legal, as leis, e tem que considerar o presente e o caso concreto que julga, no momento do proferimento da decisão que, por seu conteúdo, poderia ter sido prolatada por qualquer ser humano.

4 – A mediação entre o universal e o particular é um dos elementos importantes da ‘*phrónesis*’. Todavia, **Gadamer** subestima o papel da crítica de como se mostra difícil aplicar a ‘*phrónesis*’ no mundo complexo em que se vive, especialmente na tradição jurídica ocidental devido ao lugar na *instituição* miticamente reservado ao juiz, lembre-se, mandatário do *Outro* (Cap. 1º). Contudo, adotando-se uma postura processual democrática, tanto de procedimento quanto de sujeitos (Cap. 7º), mostra-se possível a utilização da proposta hermenêutica de

⁷⁰³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método...*, p. 430.

⁷⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método...*, p. 949: “Enquanto lingüisticamente estruturado, cada mundo está aberto, a partir de si a toda a acepção possível e, portanto, a todo o gênero de ampliações; pela mesma razão, acessível a outros.”

Gadamer, muito embora este escrito pretenda que isso seja feito aproximando-a, também e principalmente, da *ontologia heideggeriana*. No entanto, por ser um toque jurídico da *compreensão* do ‘ser-aí’, de qualquer forma, não poderia ser olvidada, consoante assevera **Streck**:

Embora a frase ‘ser que pode ser compreendido é linguagem’ não esteja no início de *Verdade e Método*, entendo que é por ela que se pode/deve começar a analisar a sua obra e a sua pretensão hermenêutica. De pronto, a partir disso, é possível dizer que Gadamer parte (heideggerianamente) da premissa de que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, ou seja, na concepção hermenêutica de Gadamer *não há espaço para a dicotômica relação epistemológica sujeito-objeto*. (...) *A linguagem é totalidade, no interior da qual o homem, o Dasein, se localiza e age*. (...) *Sem a compreensão do ser, este ser não é, embora não se possa dizer nada sobre o ser que não é*, eis que não é possível falar sobre algo que não se consegue simbolizar na linguagem. Se não consigo dizer algo sobre algo, esse não-dito é real (Lacan), pois é o que sobra.⁷⁰⁵

§ 11 – Encadeando *significantes* para depois

“Las normas dicen lo que algunos hombres dicen que ellas dicen.” Carlos Carcova

1 – Com lastro nesses argumentos, este escrito promove a ruptura com o modelo *dicotômico* e *essencialista* a partir da ‘viragem lingüística’ e o ‘deflacionismo da verdade’, rejeitando tanto a verdade da empiria, como a verdade racional, para acolher a verdade intersubjetiva que se estabelece desde dentro da linguagem, sem meta-linguagem, desvelada a condição do ‘ser-aí’ (**Heidegger**). Neste pensar, admite-se o pressuposto de que a norma em si não possui um sentido latente, oculto, a ser descoberto, mas depende fundamentalmente do interrogante concreto formulado, e, bem assim, da *intersubjetividade* estabelecida e da *singularidade* do sujeito interpretante⁷⁰⁶. Esse sujeito, por sua vez, não é mais aquele sujeito contemplador da *norma-objeto*, imunizado de valores, como pretende a *Filosofia da Consciência*, mas um *ser-aí* incluído desde sempre no mundo da vida, na fusão de horizontes, diria **Gadamer**. Assim, o processo passa a ser *sujeito-sujeito* e temporal, com o reconhecimento, ademais, da *finitude* e do inconsciente que o atravessa.

⁷⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 188-189.

⁷⁰⁶ MENDONÇA, Rafael. (Des)Caminhos do direito moderno e contemporâneo e horizontes de uma Transmodernidade. In: *Direito em Revista – Revista da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão*, Francisco Beltrão, v. 4, n. 6, p. 246-247, 2004.

A pretensão de construir uma Teoria do Direito Positiva (Cap. 3º), de caráter exclusivamente formal, não mais se sustenta, embora seja instrumentalmente útil. A postura formalista recorre à Teoria para atribuir sentido ao mundo da vida, distanciando-o paulatinamente da realidade, coisificando os sujeitos⁷⁰⁷ e os conflitos existentes no âmbito social. A abstração lógico-formal trata os conflitos jurídicos como meras hipóteses de incidência das normas jurídicas, manejadas através de conceitos, classificações e categorias⁷⁰⁸, por certo para servir retoricamente (**Cunha – Warat**) de ‘mecanismo paliativo de desencargo’ (**Miranda Coutinho**⁷⁰⁹). Em outras palavras, os conflitos são adequados em *standarts* dogmáticos, cuja atribuição de sentido é formulada pelo *senso comum teórico* (Cap. 8º).

2 – Ao se buscar a resolução dos conflitos pelo modelo lógico formal, a atividade dos atores jurídicos é a de alcançar o *sentido correto* das normas jurídicas, capaz de ser desvelado mediante métodos interpretativos adequados, formulados, todavia, pelo *senso comum teórico*. Longe de ser o *verdadeiro sentido*, nada mais é do que o da *fala prevalente*.

Streck percebe que

É necessário chamar a atenção dos operadores/intérpretes para o fato de que, nesse processo de (inter)mediação, pelo qual a dogmática jurídica (re)produz os discursos de verdade, estes nunca são os resultados de um emissor isolado,

⁷⁰⁷ ARRIVÉ, Michel. *Linguística e Psicanálise*: Freud, Saussure, Hjelmslev, Lacan e os outros. Trad. Mário Laranjeira e Alain Mouzart. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001, p. 103: “Posso permitir-me, à guisa de pausa, relatar um caso que me parece altamente saussuro-lacaniano? Tomo-o de uma notícia policial encontrada em *Le Monde* do dia 26 de abril de 1984. Estamos na África do Sul. Um homem acaba de ferir-se num acidente de carro. Ferimento gravíssimo. Pegam-no, levam-no, com as sirenes apitando ao máximo, ao hospital. Mas na África do Sul prevalece, como se sabe, uma rigorosíssima segmentação do significante. Segmentação em três termos, e não em dois, como a do dia e da noite, do homem e da mulher. Aos dois significantes contrários, *preto* e *branco*, acrescenta-se, de fato, em vocabulário brondaliano, o ‘termo complexo’, *branco com preto*, lexicalizado como *mestiço*. Os hospitais, como as demais instituições, regulam-se por essa lei de segmentação: existem hospitais brancos, hospitais pretos e hospitais mestiços. A admissão nesses diferentes hospitais não leva em conta, evidentemente, propriedades imaginárias – sempre mais ou menos crepusculares – dos seres, mas exclusivamente do significante que lhes está afeto. Ora, o ferido estava privado de significante: havia esquecido (ou deixado no carro em chamas) a carteira de identidade. Adivinha-se o resultado: não foi recebido em, nenhum dos três hospitais aonde o levaram sucessivamente, e morreu sem socorros num corredor do último. Paradigmática ilustração daquilo a que Saussure chama de ‘massa amorfa e indistinta’. *Le Monde*, entretanto, dá a entender que a ausência do significante – a carteira perdida (a carta roubada?) – talvez não seja a melhor explicação para o destino reservado ao ferido. Ele era, parece, bem conhecido por pertencer ao significante *mestiço*. E, se não foi atendido, foi porque, em sua carreira de jornalista na televisão, fora o primeiro apresentador não-branco a participar de programas brancos. Mas quem não vê que esta segunda explicação recai, depois de rápido desvio, na primeira? Porque, se é exata, o jornalista morreu por ter infringido a lei do significante.”

⁷⁰⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Lógica Jurídica*: uma introdução. São Paulo: EDUC, 1992.

⁷⁰⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Canelutti, para os operadores do Direito..., p. 188.

estando vinculados a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica dominante. Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é filho (reconhecido) de uma comunidade ‘científica’, de um monastério dos sábios. E é justamente desse monastério de sábios que emana a ‘fala autorizada’ que (re)produz o *habitus* do campo jurídico. Os eleitos, enfim, aqueles que podem falar/dizer a-lei-e-o-direito, recebem o cetro (o *skeptron* da obra de Homero) de que fala Bourdieu. Estão, assim, (plenamente) autorizados a fazer, inclusive, ‘extorsões de sentido’ e ‘abusos significativos’. E quem se rebelar, quem tiver a ousadia de desafiar esse processo de confinamento discursivo, enfim, quem tentar entabular um contradiscurso, um discurso crítico, responde(rá) pelo (hediondo) crime de ‘porte ilegal da fala’.⁷¹⁰

De sorte que o sentido já vem pré-dado pelo *discurso* jurídico autorizado, cabendo ao ator jurídico, vinculado à *praxis*, encontrar a melhor doutrina ou a jurisprudência consolidada pelos Tribunais, renunciando, assim, ao seu papel de *compreender* (Cap. 8º). Dito de outra maneira, compete ao ator jurídico *aderir* aos limites de sentido anteriormente estabelecidos pelos intérpretes autorizados ou pelo *senso comum teórico*. O trabalho deixa de ser hermenêutico para se circunscrever à escolha das significações mostradas, como que numa vitrine, no melhor modelo da sociedade de consumo. Os limites do território do sentido, suas respectivas fronteiras, são estabelecidas, como diz Warat⁷¹¹, pelo *senso comum teórico* como instrumentos de *poder*⁷¹², instalados no cenário político, sob o manto da ‘ciência neutra’ do Direito.

3 – Essa postura, contudo, não transparece. Fica escamoteada por meio de recursos *retóricos*, maquiados como *metodológicos* e *epistemológicos* do paradigma prevalente. Isto porque o *poder* somente se desnuda para quem sabe que ele existe⁷¹³, mas ‘Eles não sabem o que fazem’, responde Žižek⁷¹⁴. O discurso da

⁷¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 213-214.

⁷¹¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 15: “Os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam-se certas imagens e crenças, para preservar o segredo que esconde as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.”

⁷¹² FOUCAULT, Michael. *A verdade e as formas jurídicas...*, 1996, p. 23: “Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder. E é somente nessas relações de luta e de poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros, relações de poder – que compreendemos em que consiste o conhecimento.”

⁷¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 250-251: “Despiciendo acrescentar, destarte, que o sentido comum teórico somente é sentido comum teórico para quem o sabe, para quem está – no – mundo, para quem, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes e o apreende enquanto tal. A contrario sensu, o sentido comum teórico não existe para quem não o compreende (e o interpreta) como sentido

ciência jurídica encobre as fantasias da *Filosofia da Consciência* ao transferir a discussão dos fundamentos do discurso para o método hermenêutico a ser aplicado, tudo – dizia **Legendre** – em nome da *segurança jurídica, justiça e verdade*, claro. O mimetismo e o ‘efeito deslumbre’ é perfeito para quem não se atém aos seus pressupostos.

Neste sentido a linguagem oficial do direito determina uma multiplicidade de efeitos dissimuladores. Deles quero ressaltar, em primeiro lugar, a capacidade do campo simbólico do direito para ocultar a genealogia e o funcionamento institucional do discurso jurídico. Nunca aparece manifesto o poder desse discurso, nem sua função como discurso do poder e sobre o poder. Em segundo lugar quero me referir à falta de esclarecimento, pela ciência jurídica, do caráter mitológico de sua racionalidade subjacente. (...) Em terceiro lugar quero registrar a interdição que a dimensão simbólica do direito provoca para negar a divisão do social, simulando lingüisticamente sua unidade e proclamando ilusoriamente o fim de toda a contradição, tanto no espaço social como no tempo histórico, diluindo a singularidade dos desejos e as diferenças culturais na ilusão da igualdade de todos perante a lei. Em quarto lugar, quero sublinhar a existência de mecanismos ilusórios que põem em funcionamento o sistema dominante das representações jurídicas sobre o Estado: encarnação do interesse geral, protetor desinteressado dos desejos coletivos e a personalidade moral da nação, forma racionalizada do exercício da coerção, que permite aos homens não obedecer aos homens senão aos valores sociais (expressos em normas jurídicas).⁷¹⁵

Resultado disso é que o mundo lógico das abstrações perfeitas prepondera sobre a realidade, transformada em discurso juridicamente dizível. Um enclausuramento na segurança lógica, prenhe de *pré-conceitos, pré-noções, ficções e estereótipos*, escamoteados em nome da segurança jurídica, por padrões de significação impostos⁷¹⁶. Enfim, os atores jurídicos são incapazes de conceber um caminho próprio. Precisam andar na *garupa da motocicleta guiada pelos condutores da fala e/ou jurisprudência autorizada*. Todavia, é justamente do conflito de sentido, do antagonismo de posições, que se torna fecundo o processo hermenêutico. Sem isso, objetiva-se a realidade, perdendo-se a referência do mundo da vida.

comum teórico. Enfim, de forma mais simplista, é como a questão que envolve o mito da caverna de Platão: para o filósofo não há mito. O mito só é mito para quem acredita nele”.

⁷¹⁴ ŽIŽEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem...*, p. 187.

⁷¹⁵ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 59.

⁷¹⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 13: “Nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, *habitus* de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação.”

4 – Com efeito, as possibilidades hermenêuticas dependem de um deslocamento a ser efetuado no campo da linguagem, no que resta, suplantando-se as velhas maneiras de significar desde dentro da jaula do *senso comum teórico*. É preciso assumir a autonomia do ator jurídico no processo de atribuição de sentido. Fundamental para os fins desta abordagem, é que há um rompimento com o *essencialismo*, trazendo-se a linguagem para o centro da compreensão.

Ganha importância, nesse contexto, novamente, a *viragem linguística*, segundo a qual a linguagem deixa de ser vista como mero instrumento de transmissão do real para ser seu co-constituente. Abre-se caminho para a superação do *essencialismo*. A realidade só existe quando vertida em linguagem. A linguagem passa a ser condição de possibilidade do conhecimento e o sentido deixa de ser uma descoberta da realidade, mas passa a ser construído, operando, assim, no mundo da vida lingüística. Conseqüência disso é que se não pode atribuir significado sem se recorrer às práticas sociais. Falar do mundo é falar de linguagem que nasce indissociável *com o ser-aí* interpretante. A relação não é mais *sujeito-objeto*, mas *sujeito-sujeito*. O Direito, portanto, constitui-se em significantes, sem meta-linguagem. E o conhecimento jurídico, por sua vez, só se realiza nessa seara, eis que o Direito como objeto construído é forjado em face de signos lingüísticos.

5 – **Streck**, após abordar as contribuições de **Heidegger** e **Gadamer**, arremata:

Para que se rompa com as concepções vigorantes no campo jurídico – dogmatizante, sustentadas no paradigma metafísico – objetificante, os textos jurídicos normativos e os fatos sociais não podem ser tratados como objetos. Com os aportes do novo paradigma hermenêutico aqui defendido, sustentado nas concepções heideggerianas-gadamerianas, essa relação objetificante pode/deve ser rompida, introduzindo-se uma relação entre o operador – intérprete do Direito e as normas/fatos sociais mediante uma ontologia fundamental onde o Dasein não é contraposto ao mundo das coisas e nem dele está apartado, mas, sim, o Dasein é/só – pode – ser junto com as coisas (...) Conseqüentemente, o intérprete do Direito não contempla o objeto (o Direito, os textos jurídicos, o fenômeno social, etc.), para, assim, (re)construí-lo. É ilusão pensar – e aqui parafraseio Heidegger quando fala da obra de arte – que é a nossa descrição, enquanto atividade subjetiva, que faz figurar as coisas, para depois projetá-las. A partir do *linguistic turn*, o intérprete é alguém já inserido – desde sempre – na linguagem, da qual o objeto inexoravelmente faz parte.⁷¹⁷

⁷¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 241.

Assim, se o mundo é linguagem, o Direito é linguagem e se esta é repleta de *vagueza* e *ambiguidade*, impossível a construção de discursos unívocos, mas cheios de manhas, chicanas e ainda atravessados pelo *inconsciente*, que escapa à *consciência* plena do sujeito da epistemologia da Modernidade (Cap. 2º). A linguagem deixa de ser vista, então, como instrumento de mediação entre o essencial dado e a realidade, passando a ser indissociável do próprio processo de compreensão. O ator jurídico faz parte do mundo tanto quanto o Direito, e, esse mundo se concebe pela linguagem. A realidade do Direito, portanto, é co-criada e não descrita como objeto.

6 – Resumindo brevemente a crítica consistente de **Streck**, existe uma crise de dupla face no Direito e especificamente na dogmática jurídica informada (ainda) pelo paradigma *liberal-individualista-positivista* e pela *Filosofia da Consciência*. Desta forma, a hermenêutica, pois, deve ser (re)vista como condição de possibilidade da efetivação dos *Direitos Fundamentais* no Brasil, cabendo aqui, bem a propósito, sua lição:

Interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido (...) Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a hermé(nêu)tica jurídica tradicional-objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. (...) No âmbito da interpretação da lei, naquilo que tradicionalmente chamamos de hermenêutica jurídica, é preciso chamar a atenção (dos juristas) para o fato de que nós não temos mais um significante primeiro, que se buscava tanto em Aristóteles como na Idade Média, como ainda em Kant; significante primeiro que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetem a um único significado (Stein). Daí por que um rompimento com essa tradição do pensamento jurídico-dogmático é difícil e não se faz sem ranhuras: problemas. O mesmo ocorre, aliás, com a afirmação dessa concepção. Crer que há uma essência verdadeira em si mesma do Direito – como que à espera de ser captada em sua inteireza pelo sujeito do conhecimento, seja mediante um trabalho estritamente racional de índole dedutiva, em que as normas do Direito racional, isto é, as chamadas leis da natureza, seriam apreendidas como autênticos corolários a que se acederia pelo raciocínio a partir de princípios auto-evidentes estabelecidos *a priori*; seja captando essa essência na dinâmica da vida social, através da investigação sociológica do fenômeno jurídico; seja buscando-a na exegese dos textos legais -, crer nisso, não deixa de ser confortável.⁷¹⁸

⁷¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 198 e 227.

7 – Portanto, é dentro da perspectiva de *oxigenação constitucional* das normas infraconstitucionais (Cap. 3º), desde que materialmente válidas – viés *garantista* –, informadas pela compreensão hermenêutica do ‘ser-aí’ e da própria Constituição, mediante a abertura de *clareiras*⁷¹⁹, que se vislumbra a possibilidade de (re)construção de uma *compreensão de processo participativo* (intersubjetivo), rompedor com o padrão objetificante da hermenêutica da *Filosofia da Consciência* e atento à possibilidade de transformação social pelo Direito, avivada pela *concretização* da Constituição da República, ainda *dirigente* (**Canotilho**)⁷²⁰, guiado pelo critério material de **Dussel** (Caps. 2º e 9º). Afinal, diz **Heidegger**: “A abertura é afinada, é sempre abertura para o respectivo mundo circundante. Clareira não é um existencial. A abertura do Dasein está fora na clareira.”⁷²¹

Sem a *segurança semântica* de dantes, cumpre realizar três mediações antecedentes ao retorno às críticas e possibilidades do Sistema Garantista (Cap. 8º) a) apontar as contingências de uma sociedade situada à margem do capitalismo central, no qual o levante *neoliberal* e suas agências implemetam o discurso do agigantamento da repressão; b) destacar a ‘Judicialização dos Conflitos’ nesse contexto, bem como a importância da assunção ideológica (Cap. 6º) e c) revisar as possibilidades democráticas do Processo Penal brasileiro, invocando uma nova maneira de se construir as decisões (Cap. 7º).

⁷¹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon...*, p. 41-42: “Com o nascer do sol, vem a claridade, tudo se torna visível; as coisas brilham. Em certos ritos fúnebre vira-se o rosto para o leste: a orientação da igreja leva isso em consideração. – Aliás, quando se apaga a luz, o que acontece com a clareira?... Ser aberto significa clareira. Há clareira mesmo no escuro. Clareira [Lichtung] não tem nada a ver com luz [Licht], mas vem de ‘leve’ [Leicht]. Luz tem a ver com percepção. No escuro ainda se pode esbarrar. Isto não necessita de luz, mas de clareira. Luz – claro; clareira vem de leve, tornar livre. Uma clareira no bosque está aí mesmo quando está no escuro. Luz pressupõe clareira. Só pode haver claridade onde foi feita uma clareira, onde algo está livre para a luz. O escurecer, o tirar a luz não toca a clareira. A clareira é o pressuposto de que pode haver claridade e escuridão, o livre, o aberto.”

⁷²⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente...*; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Canotilho e o sujeito Moderno: ainda sobre Constituição Dirigente. Diário da Justiça – Jornal Estado do Paraná*. Curitiba, 15 fev. 2004.

⁷²¹ HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon...*, p. 221.

Capítulo 6º – Neoliberalismo, ‘Lei e Ordem’, Terror Midiático e Ideologia

“O direito é importante demais para ser deixado apenas com advogados.” **Friedman**

§ 1º – No exercício do mandato do *Outro*

“Médicos e pacientes, mas que diferença tem?/ Médicos e malucos juntos/ Me diga, então quem é quem/ O Doutor tem a chave do portão/ Os loucos não têm.” **Paulo de Carvalho e Caio de Andrade**

1 – No exercício do mandato do *Outro* (Cap. 1º), o discurso *criminológico* atravessa o (*in*)*consciente* do julgador no *ato decisório*, mormente em face de uma possível assunção inconstitucional – por certa parcela – do Poder Judiciário de um papel reservado à polícia, tudo em nome da ‘Defesa Social’. A *Instituição*, ao contrário do que apregoa o *garantismo* (Cap. 3º), não é – em grande parte – mais a ‘guardiã das regras do jogo democrático’, mas se travestiu em ‘Poder Judiciário Policialesco’⁷²², dando azo ao aparecimento de diversos ‘Justiceiros Togados’, no que já se denominou ‘Complexo de Nicolas Marshall’⁷²³.

2 – Por isso, razoável aproximar-se do discurso *criminológico* que normalmente fica *a latere*⁷²⁴, mas que ao aparecer disfarçado retoricamente no *ato decisório*, o faz pelo *senso comum* – *every day theories*⁷²⁵ –, gerando efeitos nefastos no que deveria ser a barreira à violência estatal: o Judiciário. É o discurso

⁷²² NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 199: “O problema é quando acredita [o julgador] que se todos fossem severos como ele próprio, através do sistema penal a criminalidade diminuiria. Por isso toma as decisões com rigorismo desmedido para que sirvam de exemplo. Só o tempo e o conhecimento da real operacionalidade do sistema penal e, por extensão, da própria sociedade podem dar alívio à angústia existencial de quem acredita nas promessas que jamais conseguirá ver concretizadas.”

⁷²³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O juiz e o complexo de Nicolas Marshall. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 23 jul. 2003.

⁷²⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MARQUES, Allana Campos. Baratta: *Aldilà* do sistema penal. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 103-104: “De qualquer forma, não há como superar o vício de grande parte – em verdade a extragrande maioria – dos nossos penalistas, de seguir ignorando a criminologia, sem passar por ele; e sempre de modo recorrente. Ademais, Baratta é a marca irreversível da interdisciplinariedade, desmascarando os castelos de cartas do conhecimento monolítico, muito próprio de uma dogmática penal sem cor e sabor, reprodutora – infiel, é verdade – da mesmice de manuais que seguem (de)formando gerações e onde prevalece tão-só o verniz de um saber, quando muito, *prêt-à-porter*.”

⁷²⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*..., p. 177.

das sombras, de tocaia. Do imbricamento entre Poder Judiciário e Polícia, cujas linhas não estão mais tão bem delineadas, muito em nome da *eficiência* dos mecanismos de controle social, surge a necessidade de *desvelamento* desse discurso subliminar que, todavia, opera no *imaginário* dos atores jurídicos; e quem paga a conta é o *outro*. Esse trabalho se restringe ao *jugador*, mas bem poderia indicar a angústia e o desespero dos que se pretendem ‘soldados sociais’, na fúria pela condenação irrestrita que se instala, não raras vezes, nos órgãos do Ministério Público; não é à toa que querem presidir a investigação policial...⁷²⁶

No que interessa à construção deste escrito, não se busca discorrer sobre a história da *Criminologia* e suas vertentes⁷²⁷, mas se destacar como o ultrapassado discurso da ‘Criminologia Positiva’ se embrenhou na *terra brasiliis* e como ainda opera no *ato decisório*, uma vez que o processo de *secularização* anunciado é mais ilusório do que real. Os portadores do ‘Bem’ *platônico* se arvoram em combater o crime: o *mala in si*, conforme pondera **Cordero**: “*Nasce una mística: descubre e elimina herejías o delitos, combate potencias maléficas en una cruzada cotidiana; es mérito suyo que el mundo no termine devorado por el diablo; si fuera neutral, sería cómplice del infierno y los escrúpulos son cobardía.*”⁷²⁸ Dito de outra forma, o discurso velado mantém a missão de “*adestrar para o amor do Poder*”⁷²⁹, e a estrutura da divisão maniqueísta e *Canônica* entre ‘bem X mal’. Mas, afinal, os Juízes estão ao lado do *bem*, ou não?

3 – De outra face, a força da mídia promove, com objetivos comerciais e outros nem tanto, a vivacidade do espetáculo ‘violência’, capaz de instalar a ‘cultura do pânico’, fomentador do discurso da ‘Defesa Social’ e combustível inflamável para aferrolhar o desalento constitutivo do sujeito clivado com a ‘promessa de segurança’, enfim, de realimentar os ‘estereótipos’ do *crime* e *criminoso* mote dos discursos da ‘Lei e Ordem’. Lembra **Batista**: “*acreditar em bruxas costuma ser a primeira condição de eficiência da justiça criminal, como os inquisidores Kramer e Sprenger*

⁷²⁶ VIEIRA, Luís Guilherme. *O Ministério Público e a Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Rabaço, 2004; TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁷²⁷ Consultar: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica...*; BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal...*;

⁷²⁸ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*, v. 1..., p. 21.

⁷²⁹ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 34.

sabiam muito bem.”⁷³⁰ Aliás, o ‘Martelo das Feiticeiras’ de **Kramer e Sprenger**⁷³¹, manual de procedimento muito difundido durante a ‘Inquisição’, por certo, serve de inspiração velada de muitas propostas de reforma da legislação ou mesmo de práticas judiciais antigarantistas.

§ 2º – Criminologia Positiva: o discurso que tocaia

“Quando as provas faltassem, por que não haveríamos de procurar no delinqüente a sua tireóide? Péricles Madureira de Pinho

1 – O discurso *criminológico*, no Brasil, surge na esteira do controle a ser efetuado sobre os *loucos*, *criminosos* e *menores* de idade – estes atualmente tratados de criança e adolescente – que não se submetiam as regras de convivência e diante de suas especificidades precisavam de um olhar mais apurado, capaz de descobrir as motivações das transgressões à ordem, ou seja, de impor (i)legitimamente um tratamento desigual, recompondo a ordem e a disciplina. Sob este aspecto, a obra de **Alvarez**⁷³² mostra-se como norte porque busca fixar a maneira pela qual se deu o acolhimento das idéias criminológicas em território nacional no final do século XIX e início do século XX, a partir da ‘Nova Escola Penal’, a qual aderiu às propostas de **Lombroso**⁷³³, **Ferri**, **Garófalo** e seus séquitos⁷³⁴.

2 – Os juristas daquele período foram influenciados pelo discurso importado da ‘Escola Positiva’, a qual conferia valioso ‘mecanismo paliativo de desencargo’ (**Miranda Coutinho**) aos magistrados, dado que se sabe a dificuldade humana desse lugar⁷³⁵, consistente na (dita) cientificidade que, enleada com o objetivo

⁷³⁰ BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 271-288, 2002, p. 274.

⁷³¹ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Rio de Janeiro: Rosa os Tempos, 1997.

⁷³² ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

⁷³³ LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Trad. Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

⁷³⁴ ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas...*, p. 30: “Não é exagero dizer que o Brasil foi um dos países que acolheu com mais entusiasmo os ensinamentos da criminologia, notadamente em sua vertente italiana, pois isto foi reconhecido pelos próprios fundadores deste novo conhecimento.”

⁷³⁵ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo Penal*. São Paulo: Conan, 1997, p. 33: “Nenhum homem, se pensasse no que ocorre para julgar um outro homem, aceitaria ser juiz. Conduto, achar juízes é necessário. O drama do Direito é isto. Um drama que deveria estar presente a todos, dos juízes aos jurisdicionados no ato no qual se exalta o processo. (...) Somente a consciência da sua indignidade pode ajudar o juiz a ser menos indigno.”

indisfarsável de *Defesa Social* e *ideológico*, propiciou reconstruir o ‘saber penal’ sob fundamentos inconstestáveis à época⁷³⁶. O conhecimento científico de além-mar foi apropriado, então, como *a salvação do sistema penal brasileiro*, o qual poderia agora, enfim, navegar por águas científicas, deslocando o foco de análise do *crime* para a figura do *criminoso*. Esse deslocamento matreiro possibilitou a análise da figura do criminoso, o qual desde então passa a ser o *objeto* da criminologia na perspectiva de construir mecanismos de *defesa* da sociedade contra o *traidor*, o *pária*, aquele que não aderiu ao *laço social*. A *pena* passa a ser um mecanismo *terapêutico*, de *salvação* do *criminoso*, na busca de *formatá-lo* aos *anseios de paz social*.

De sorte que os *axiomas* da ‘Escola Clássica’⁷³⁷ – legalidade estrita, responsabilidade individual e pena como castigo⁷³⁸ – não mais interessam, eis que para além da igualdade de punição, diante da ‘evolução científica’, surge a necessidade de subministrar a cada *criminoso*, em sua *singularidade*, a medida correta de pena como *Defesa Social*: sua *individualização científica*, estando aberto – diz **Rauter** – o “*caminho para se afirmar que se alguém é preso, privado de suas garantias de cidadão, isto ocorre não apenas em razão de ter sido cometido um delito, mas em razão de uma doença que se quer curar.*”⁷³⁹ Em suma: *tratar* (terapeuticamente) *de maneira desigual os desiguais*, podendo se selecionar à vontade – *criminalização secundária* de **Zaffaroni**⁷⁴⁰ – sobre que setores da população será direcionado o controle, graduando a *cidadania*⁷⁴¹. A *Medicina*, sob este prisma, aproxima-se ao Direito, na perspectiva de apontar técnica-mente quem é o *desviante* e o *louco*, bem como prescrever o tratamento e a profilaxia ao

⁷³⁶ FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir...*, p. 13: “Dessa distribuição de papéis se realiza a negação teórica: o essencial da pena que nós, juízes, infligimos não creais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, ‘curar’; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores.”

⁷³⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal...*, p. 29-37.

⁷³⁸ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 25-26.

⁷³⁹ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 39.

⁷⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro...*, p. 43-59.

⁷⁴¹ ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas...*, p. 32-33: “Trabalhos como os de Lima (1989), que estudou as práticas policiais no Rio de Janeiro em sua relação com os dispositivos processuais penais, e Adorno (1995), que pesquisou a discriminação racial na justiça criminal em São Paulo, entre outros, já mostraram como a cultura jurídica nacional, apesar de formalmente igualitária, está efetivamente baseada na atribuição de graus diferenciados de cidadania a setores distintos da população (cf. Lima, 1989, p. 82). Partindo dessa idéia, defendemos aqui que os discursos da criminologia e da nova escola penal foram os que levaram mais longe, no interior do saber jurídico, a preocupação com o estabelecimento dessa diferenciação da cidadania ao longo da Primeira República.”

‘anormal’ (repressão, disciplina, acompanhamento enquanto puder gerar risco), entendido como *criminoso* o moralmente perigoso e, numa sociedade à margem do capitalismo, todos os que pretensamente prejudicam a engrenagem (mendigos, ébrios, vadios, sindicalistas, etc.).

3 – Acolhendo-se a indicação de **Foucault**⁷⁴² quanto ao caráter ‘normatizador’ do poder na sociedade (fábricas, hospitais, escolas, asilos, etc.), a atuação estatal é repensada na ilusória base científica. Com a redefinição semântica do *criminoso* e de seu lugar – agora objeto de conhecimento científico –, o discurso jurídico desde o cometimento até a extinção da pena é compartilhado pelos ‘Criminólogos’ capazes de analisar a conduta perpetrada (infração), a situação atual do ‘criminoso’ e ‘o que se esperar dele’, na nefasta e incontrollável *discricionariedade* construída em torno da *periculosidade*, “*peça fundamental do jogo punitivo contemporâneo, aparece expressivamente teorizado a partir do positivismo criminológico.*”⁷⁴³

Com a inserção de critérios de aferição (ditos) científicos a ‘natureza do criminoso’ é perscrutada, seu estado de ânimo – antes e depois da conduta –, sua vida social, enfim, tudo que possa retoricamente justificar o desvio e servir de ‘*mecanismo paliativo de desencargo*’ do julgador. O referencial é o do ‘homem médio’, ‘normal’, ‘bom por natureza’, que povoa uma ‘aldeia ideal’ – imaginária – alimentada pelos ‘juristas de ofício’ e ‘cientistas de cá’, sem qualquer critério verificável de mensuração. Mais uma vez se coloca uma ‘palavra vedete’ (**Barthes**) na cadeia de *significantes* para justificar tudo/nada, aumentando a parcela social que se pode regular/normatizar, sob nova fundamentação do direito de punir (doença): a *profilaxia* e o *remédio social*.

4 – A lógica é a mesma da ‘falácia desenvolvimentista’ apontada por **Dussel** no momento da instauração do *mito* da *Modernidade* e o conseqüente ‘encobrimento do outro’ (Cap. 2º). Mantendo a divisão de dois mundos, do ‘bem’ *versus* o ‘mal’, herdada, ademais, da *Inquisição*, em ‘Nome-do-Outro’ (Cap. 1º), mas sob ‘nova direção’: a *ciência*. Assim é que o argumento se articula da seguinte forma: a) *eu sou normal e você doente*; b) *em sendo superior, é meu dever moral desenvolver os mais primitivos*; c) *o padrão de normalidade é o meu*; d) *se o ‘desviado’ resiste à normalização, estou legitimado a o excluir, porque a pena é um tratamento em prol*

⁷⁴² FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*..., p. 195-214.

⁷⁴³ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico*..., p. 42.

do próprio criminoso, é a cura; e) eventuais vítimas são necessárias à cura dos demais, no sentido de quase um ritual de sacrifício; f) o ‘criminoso’ tem culpa de resistir e pela ‘pena’ pode ser perdoado/tratado; g) ao final, nesse processo de normalização, os custos – sofrimento e sacrifícios – são inevitáveis e até mesmo necessários à cura dos primitivos. Por isso a iminência democrática de negar este discurso sobranceiro que beira à ‘raça pura’ do ‘nazismo’ e que se encontra na prática forense, principalmente na aplicação da pena (Cap. 8º), mantido, também, nas contravenções penais⁷⁴⁴.

§ 3º – ‘Escola Positiva’ e ‘Determinismo’: o que é bom nasce feito

“Há o vício e há a perversão. Há o criminoso e há o degenerado. O primeiro deve ser punido, o segundo é irresponsável. O papel da justiça portanto deve ser a investigação mais completa, mais minuciosa do estado mental do acusado.” Viveiros de Castro

1 – De fato, **Lombroso**, partidário do *evolucionismo* (**Darwin** e **Spencer**), ao *naturalizar* – juntamente com **Garofalo** e **Ferri**⁷⁴⁵ – a figura do *criminoso* a partir de um *determinismo atávico* (e sociológico, em **Ferri**), imputou a esse a condição de *anormal* por ser primitivo e doente, passível, entretanto, de ‘normalização’⁷⁴⁶, no *estereótipo* erigido pela ‘Escola Positiva’ do *criminoso nato*. Com isso, a sociedade está legitimada a ‘seqüestrar’ o *criminoso* em face dos temíveis efeitos sociais/morais que pode causar, tudo – cinicamente – em nome da ‘paz social’ e ‘segurança jurídica’, tecnicamente chamada de *Defesa Social*⁷⁴⁷.

O atavismo, reconhecido por Lombroso no delinqüente, implicava também uma visão do social, segundo a qual um grupo de indivíduos (os transgressores das

⁷⁴⁴ SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Sortilégio de saberes: curandeiros e juizes nos tribunais brasileiros (1900-1990)*. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 68: “Em todos os principais centros urbanos brasileiros do final do século XIX, o temor das autoridades em relação à delinqüência, à vadiagem e a quaisquer expressões culturais que contrariassem a implantação da modernidade republicana encontrou, na idéia de contágio social, moral e mesmo físico, o respaldo teórico para se tornar uma prática científica interventiva.”

⁷⁴⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica...*, p. 60-74.

⁷⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica...*, p. 64: “Partindo do determinismo orgânico (anatômico-fisiológico) e psíquico do crime, Lombroso, valendo-se do método de investigação e análise próprio das Ciências naturais (observação e experimentação) procurou comprovar sua hipótese através da confrontação de grupos não-criminosos com criminosos dos hospitais psiquiátricos e prisões sobretudo do sul da Itália, pesquisa na qual contou com o auxílio de Ferri, que sugeriu, inclusive, a denominação ‘criminoso nato’.”

⁷⁴⁷ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral...*, p. 30: “A Escola Positiva tem, como caracteres: a) método experimental; b) responsabilidade social; c) delito como fenômeno social e natural; d) pena como meio de defesa social.”

leis) representava o resultado de uma evolução às avessas, retornando ao primitivismo e à selvageria. Todas as formas de ilegalidade (inclusive as políticas) eram vistas como manifestação deste retrocesso evolutivo, transmissível hereditariamente aos descendentes, razão pela qual estes deviam ser excluídos do convívio social. A lei (e as classes dominantes) eram assim, segundo o mesmo raciocínio, um resultado ‘feliz’ da seleção natural no campo da cultura. A sociedade estava assim dividida entre seres atávicos, que reeditavam a selvageria dos primitivos, e seres normais, produtos bem sucedidos da evolução, que naturalmente detêm o poder de legislar sobre os primeiros. Em Ferri, esta concepção da divisão das classes sociais segundo seu grau de evolução natural se torna mais clara e já prescinde da existência de estigmas físicos. São defeitos morais transmitidos hereditariamente, que podem ser adquiridos, incorporados e retransmitidos pela convivência nos ambientes pobres e por isso mesmo devassos. A seleção natural, única responsável pelas diferenças e contradições sociais, dá o fundamento da reação social contra aqueles que transgridem suas leis, pois a sociedade é também um organismo ‘natural’.⁷⁴⁸

2 – Não obstante o descrédito das idéias na Europa, no Brasil, principalmente pela ‘legitimação discursivo-ideológica’⁷⁴⁹ decorrente, a ‘Escola Positiva’ foi acolhida nos discursos, dentre outros, de **Viveiros de Castro, Tobias Barreto, Paulo Egídio, Moniz Sodré de Aragão, No  Azevedo, Nina Rodrigues** e mant m sobrevida no *imaginário do senso comum teórico*. Basta que se folheie alguns *Manuais*, acórdãos ou mesmo alegações finais para que se perceba que o discurso vive muito bem, consoante se infere, dentre outros momentos, nas liberdades condicionais, nas aferições de *periculosidade*, aplicações da pena e *indeterminações* da execução da pena⁷⁵⁰.

A consequência do acolhimento do *discurso científico*   a perda de densidade dos postulados da ‘Escola Clássica’ e também o agigantamento do poder do Crimin logo em face do Juiz, gerando, então, uma certa resistência diante da perda de poder, contornada pela ‘Escola Técnico-Jurídica’ de **Rocco**⁷⁵¹. A ‘etiologia’ do *criminoso*   um aspecto marcadamente técnico, onde o saber psiquiátrico desfila

⁷⁴⁸ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil...*, p. 58-59.

⁷⁴⁹ ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas...*, p. 50: “Provavelmente, a possibilidade de identificar com precisão o indivíduo criminoso, de estabelecer de maneira clara e definitiva aquele que é o portador da desordem no interior da sociedade, deve ter fascinado tanto a opinião pública das grandes cidades quanto as elites preocupadas em estabelecer novas formas de controle social, ainda mais num ambiente intelectual dominado por teorias positivistas e evolucionistas como o do século XIX.”

⁷⁵⁰ CARVALHO, Salo de. Práticas Inquisitivas na Execução Penal (Estudo do Vínculo do Juiz aos Laudos Criminológicos a partir da Jurisprudência Garantista do Tribunal de Justiça do RS). In: CARVALHO, Salo de. *Crítica   Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 145-173.

⁷⁵¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica...*, p. 80-97; BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes   reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998., p. 42-44.

com total desenvoltura. Mesmo com a derrocada do ‘biologismo’, o discurso de *Defesa Social* se manteve nos braços do *psicologismo*, nos quais os traços da *personalidade* são destacados na tentativa de explicar o ocorrido a partir ainda da figura do ‘criminoso’ desviante e *moralmente anormal*. No *imaginário social* a herança da ‘Escola Positiva’ é indissociável e opera no nível *inconsciente* ou mesmo *consciente* daqueles que optam por acreditar ainda no *determinismo*, e não são poucos, dado que os membros do movimento da ‘Lei e Ordem’ podem ser denominados de legatários e, em tempos *neoliberais* de globalização⁷⁵², de ‘Escola Positivista Criminológica *for windows*.’”

3 – Alicerçados sobre o *medo*, o *temor* do *delinqüente* (Cap. 1º), a *Defesa Social* mantém a estrutura de perscrutar o ‘criminoso’ na sua subjetividade e construir mecanismos de proteção da sociedade contra o *inimigo*, com a respectiva *individualização da pena*, que ainda perdura. O criminoso em não sendo um igual, se considerada a divisão entre o mundo dos bons e dos maus, pode e deve, na lógica da *Defesa Social*, ser liquidado ou reformado para ser igual aos bons, os que se impõem pela força. Para além da punição, articulam-se estratégias *preventivas* e *terapêuticas*⁷⁵³. E o juiz irá, então, no Processo Penal, coordenar os diversos saberes para *formatar* o indivíduo ao padrão *normal*, assumindo feição disciplinar e repressora.

4 – Os postulados da ‘Escola Clássica’, portanto, mostram-se como entrave à defesa da sociedade contra o indivíduo, constituindo-se, assim, o Sistema Garantista (SG), num retorno *relido* aos seus postulados (Cap. 8º). Na linha da ‘Defesa Social’, contudo, o interesse não é o de garantia do indivíduo, mas da sociedade, levando, então, à mitigação das garantias penais e processuais. Afinal, o que importa é a exclusão e controle social dos *desviantes*, em nome dos ‘bons’ portadores do *modelo social do Bem*⁷⁵⁴, como colocou **Legendre**: ‘o amor do censor’, na

⁷⁵² ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*: lições de Filosofia do Direito e do Estado. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999., p. 1-71.

⁷⁵³ KRANTZ, Deise Helena. Controle social e criminalidade. In: *Revista Jurídica de Direito da UNOESC*. São Miguel do Oeste, 2001, p. 14: “Dessa forma, ao lado da função retributiva da pena, ganha especial importância seu papel de defesa social, compreendido na proteção da sociedade contra aqueles que estariam necessariamente fadados a delinquir. A pena é, neste aspecto, um remédio de duplo efeito, responsável por oferecer segurança à sociedade, neutralizando-se a ‘periculosidade’, ao mesmo tempo em que proporciona ‘tratamento’ ao ‘criminoso’.”

⁷⁵⁴ LACAN, Jacques. *O seminário: a transferência*. Trad. Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. (Livro 8), p. 13: “*Schwärmerei*, para os que não sabem, designa em alemão devaneio, fantasia, dirigido para um entusiasmo qualquer, e mais especialmente para a superstição. Em suma, trata-se de uma notação

perspectiva de reformar moralmente o ‘criminoso’. **Ferrajoli** sustenta que: “O desvio solicita sempre a mobilização da maioria que assume a si mesma como ‘não desviada’ contra a minoria dos ‘desviados’, considerados como diferentes e fonte de obscuros perigos.”⁷⁵⁵ Em nome do ‘bem comum’ e da ‘segurança jurídica’ estamos em 1984 de **Orwell**⁷⁵⁶, podendo-se tudo: reprimir, reformar, excluir, tratar, independentemente da ocorrência de conduta⁷⁵⁷. Sob o mote de ‘tratar desigualmente os desiguais’ se erigiu um conjunto de saberes capazes de classificar os cidadãos de *primeira a quinta* categorias, em que estes últimos eram – e continuam – desprovidos das garantias liberais penais e processuais, tudo em nome da defesa da sociedade, garantida às avessas pela ciência. Pura canalhice.

A assunção dos postulados da ‘Escola Positiva’ e seu ‘determinismo’ fenece com o *livre-arbítrio*, a vontade necessária à responsabilização penal advinda da ‘Escola Clássica’⁷⁵⁸. O princípio constitucional e liberal de ‘igualdade’ é obliterado pela regra de exceção – *tratar desigualmente os desiguais na forma da lei* –, aceita comodamente pelo *senso comum teórico*, que passa a manejar o Código Penal de 1940, no qual se encontra a *periculosidade*, a *reincidência*, as *circunstâncias judiciais*, as *agravantes* e *causas especiais de aumento de pena* como situações naturais e justificadas, ademais, pela ‘Defesa Social’ do ‘bem comum’. Lembre-se, que sempre está-se agindo em nome do *Outro!* (Cap. 1º).

5 – Conquanto a ‘Escola Positiva’ tenha entrado em descrédito científico, a ‘mentalidade criminológica’ (**Rauter**) atada ao discurso maniqueísta que a tudo resume em bem ou mal incrustado no sujeito barrado (**Lacan**) pelo legado *Escolástico* (**Legendre**), e ao interesse *ideológico* da classe dominante em manter a ‘ordem’, sob o mote da ‘paz’ e da ‘segurança’, ainda operam nas práticas jurídicas,

crítica, acrescentada pela história, na ordem da orientação religiosa. (...) Pois bem *Schwärmerei* de Platão é ter projetado, sobre aquilo que eu chamo de vazio impenetrável, a idéia de Bem Supremo.”

⁷⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática..., p. 31.

⁷⁵⁶ ORWELL, George. 1984...

⁷⁵⁷ ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas...*, p. 155-156: “O Estado, ao defender a sociedade, não precisa esperar que o delito ocorra, visto que deve antecipar-se a ele, voltando-se para aqueles que apresentam certo grau de periculosidade, quer tenham ou não cometido qualquer ato criminoso. Como o indivíduo pode se defender diante da ação arbitrária do Estado, é uma questão que não parece se colocar para os adeptos da defesa social, pois o que está subentendido é que o Estado encarna os interesses da sociedade, e estes se sobrepõem aos interesses (e direitos) individuais.”

⁷⁵⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica...*, p. 68: “Nestas condições, se o homem está fatalmente determinado a cometer crimes, a sociedade está igualmente determinada – através do Estado – a reagir em defesa de sua própria conservação, como qualquer outro organismo vivo, contra os ataques às suas condições normais de existência.”

fazendo-se letra no *ato* judicial sentença. É que como mandatário da palavra do *Outro* e na lógica da Salvação, após a queda/pecado, simbolicamente, o juiz realiza o ‘jogo do culpado e do pastor’, protagonizando uma necessária ‘cena de sacrifício’:

Que o Poder ali se enuncie sob uma forma dogmática não muda coisa alguma: trata-se justamente de obter um resultado tão geral e absoluto, tão eficaz quanto possível, o amor do Poder, única condição da submissão que consente. Comunicar a crença pelo viés de uma crença na ciência é autenticamente o acaba-tudo. Máxima a ser conservada, para enganar os manipuladores da doce tirania publicitária, que é fabricada sob nos olhos pela utilização maciça das ‘ciências humanas’.⁷⁵⁹

§ 4º – *Neoliberalismo* e a ‘eficiência’ da exclusão

“Se queremos que tudo continue como está, é preciso que tudo mude. Fui claro?” Tancredi

1 – Existe, contudo, uma função *ideológica* do desconhecimento⁷⁶⁰ (**Žižek**), aferida contemporaneamente a partir da *eficiência* da manutenção dos indivíduos em *fila* (Cap. 1º). A reprodução do sistema hegemônico velado pelo Direito é um elemento poderoso, ainda mais no momento em que o discurso capitalista se mostra como a única via possível e indiscutível, naturalizada⁷⁶¹, após a queda do *Muro de Berlim*⁷⁶², no qual, segundo **Smith** *“Todo consiste en ganar dinero. Con él se pueden hacer adquisiciones que se quieran.”*⁷⁶³ Depois desse fato histórico o discurso vende como sendo a vitória da via correta: o *capital*, consoante destaca **Hinkelammert**:

No presente – desde 1989 – a sociedade capitalista emerge como a sociedade absolutamente determinante do mundo inteiro e se projeta como uma sociedade para a qual não existe alternativa, O socialismo, como sociedade alternativa,

⁷⁵⁹ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 144-145.

⁷⁶⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*: interpretação da lei e temas para uma reformulação..., p. 57: “A ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social. Respalçado na funcionalidade de suas próprias ficções e fetiches, a ciência do direito nos massifica, deslocando permanentemente os conflitos sociais para o lugar instituído da lei, tornando-os, assim, menos visíveis.”

⁷⁶¹ CARCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998, p. 157: Além da legitimação Weberiana a ideologia tem “un segundo *modus operandi* de la ideología es la disimulación. Muchas veces las relaciones de dominación pueden establecerse porque son ocultadas como tales. Esse ocultamiento es, frecuentemente, el resultado de un juego discursivo de la resemantización de un término, que es sacado de un contexto de uso habitual e inscrito en outro, para transferir sus connotaciones positivas e negativas a un objeto o persona diversa.”

⁷⁶² ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito e Século XXI...*, p. 26.

⁷⁶³ SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*. Trad. Susana Aguiar. Buenos Aires: Longseller, 2002.

parece derrotado, e os próprios movimentos socialistas que existiam dentro da sociedade capitalista, estão extremamente debilitados. Em consequência disso, este capitalismo, ‘sem alternativa’ se impõe como um capitalismo sem limites. Por isso, embora durante o tempo da guerra fria tivesse sido um capitalismo de reformas, agora está presente como um capitalismo sem necessidade de reformas, capaz de derrotar qualquer movimento com perspectivas alternativas.⁷⁶⁴

O Direito, então, nesta ordem de idéias, também é manejado como se fosse algo natural, advindo do *Outro* capaz de guiar em direção à *salvação da felicidade eficiente*, claro. **Ramalho Neto** adverte sobre o perigo do discurso único, dizendo que “*o problema está em deixar que tudo seja resolvido por essa via. A competição pode ser saudável, se sujeita à Lei. Mas é perversa se substitui a Lei, se ela, a competição, se torna a própria Lei. O primeiro e mais perverso efeito da competição no lugar da Lei é a exclusão social.*”⁷⁶⁵ O mito da ausência de opções mascara a renitência do pensamento excludente de qualquer outra via, no qual a palavra primeva, nascedouro da cadeia de *significantes*, passa a ser o ‘mercado eficiente’, cujo primeiro efeito, destaca **Arnaud**, é a divisão do mundo entre os que se submetem às novas regras, ou seja, “*que se conformam e se acomodam a ela, e aqueles que a recusam e são tachados de cegos, de reacionários e de irresponsáveis.*”⁷⁶⁶

2 – A sociedade, anota **Miranda Coutinho**⁷⁶⁷, seguindo a indicação de **Hayek**⁷⁶⁸, procedeu a um *câmbio epistemológico*, abandonando a relação *causa-efeito* para engolir a *eficiência* como parâmetro de atuação, erigida até a *princípio constitucional* (CR/88, art. 37, *caput*). Essa busca, ou melhor, compulsão por *eficiência*, faz com que exista a pretensão de melhoria na *qualidade (total)* dos processos em nome do *consumidor*, transformando unidades jurisdicionais em objeto de ‘ISOs’, ‘5ss’ e outros mecanismos articulados para dar rapidez às

⁷⁶⁴ HINKELAMMERT, Franz J. Pensar em alternativas: capitalismo, socialismo e a possibilidade de outro mundo. Trad. Orlando dos Reis, In: PIXLEY, Jorge (Org.). *Por um mundo diferente: Alternativas para o mercado global*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 10.

⁷⁶⁵ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância..., p. 233.

⁷⁶⁶ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: lições de Filosofia do Direito e do Estado...*, p. XV.

⁷⁶⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Crime continuado e unidade processual..., p. 196: “Empurrados para o mercado por um câmbio epistemológico tanto duvidoso quanto desconhecido, consumimos tudo como se fosse *fast food*; e não temos, talvez até por uma certa cegueira, olhado as consequências, mormente aquelas que reclamam análises de longo prazo. Que digam as crianças e os adolescentes (não eram o futuro da nação?), o meio ambiente, e assim por diante.”

⁷⁶⁸ HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade*. Trad. Anna Maria Capovilla. São Paulo: Visão, 1985, p. 52-53.

demandas⁷⁶⁹. Anote-se que a ‘Reforma do Judiciário’ foi perigosamente na linha *consumidor-eficiência*.

O Processo e o Direito Penal não ficam à margem desta questão, implementando-se tutelas de urgência, mecanismos de abreviação dos processos, mesmo que à custa do direito de defesa e do *devido processo legal*⁷⁷⁰, bastando que se consulte o ‘Documento 319 do BID’. O que vale, pois, é a *eficiência* da condenação, muitas vezes, na linha dos *tribunais nazistas*⁷⁷¹, nos quais a condenação e execução eram sumárias. É importante destacar que **Cappelletti**⁷⁷² já havia indicado os perigos de tal *eficiência* que move a *turba*⁷⁷³ de movimentos contemporâneos na busca de preencher a *falta* constitutiva de segurança pelo agigantamento do modelo repressor⁷⁷⁴, avivado nos discursos da ‘Lei e Ordem’, de vertente *neoliberal*. É que confundindo *efetividade* (fins) com *eficiência* (meios), grudando falsamente os *significantes* como sinônimos, na ânsia de melhorar a

⁷⁶⁹ PINHEIRO, José Rodrigues. *A qualidade total no Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

⁷⁷⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. Bases para compreensão e crítica do direito emergencial. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001, p. 150 “Por outro lado, e como decorrência natural dessa visão promocional, a cultura dos direitos e garantias fundamentais é apresentada como causa de entrave ao funcionamento eficiente do sistema.”

⁷⁷¹ VERÍSSIMO, Luis Fernando. *Eficiência*. Disponível em: <http://www.estado.estadao.com.br/edicao/pano/99/11/29/pol947.html>. Acesso em: 19 ago. 2003: “Nos documentários sobre a ascensão do nazismo na Alemanha e suas conseqüências não faltam cenas de horror, culminando nas imagens que marcaram o século como cicatrizes, as dos campos de extermínio. Aquelas usinas de morte metódica, onde a desumanidade encontrou a eficiência industrial e dramatizou-se como em nenhum outro lugar – salvo, talvez, em Hiroshima e Nagasaki –, a grande questão não discutida deste século, a da neutralidade moral da ciência. Mas eu me lembro de ver uma cena de documentário em que não apareciam corpos empilhados nem fornos crematórios, mas era terrível de outra maneira: a cena de um réu sendo humilhado por um juiz nazista. Um homem preso por alguma ofensa ao poder, diante do seu último recurso contra a prepotência de um sistema, descobrindo uma Justiça que marcava sua adesão ao sistema ostentando a prepotência. Descobrimos perdido. Não era uma denúncia ou uma simples reportagem, era um filme de propaganda nazista, feito para dar satisfação a um público impaciente com fímulas jurídicas e a lentidão da Justiça. Feito para mostrar que a eficiência também chegava aos tribunais, que os juízes também estavam afinados com os novos tempos. Muitas vezes se abusa da analogia nazista, recorrendo-se a comparações descabidas, mas toda vez que vejo um ato de prepotência, mesmo contra criminosos provados, ou ouço alguém propor uma sumarização dos ritos da Justiça, me lembro daquela cena. O que se quer, claro, é uma Justiça aparelhada, ágil e eficiente no melhor sentido – no de garantir justiça, não o de desprezar direitos para mostrar resultados a um público assustado com tanta corrupção e insegurança depois de anos de pseudo-social-democracia. O que certamente não se quer é ver a Justiça substituída por qualquer forma de justiceirismo, se é que existe a palavra, como a de CPIs muito entusiasmadas.”

⁷⁷² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Norhfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

⁷⁷³ RAMIDOFF, Mário Luiz. Direito Penal Juvenil: quem garante os jovens desta bondade punitiva. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis, v. 15, p. 25, 2003, p. 151-167.

⁷⁷⁴ BERGALLI, Roberto. Fallacia garantista nella cultura giuridico penale di lingua ispanica. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.) *Le ragioni del garantismo*: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 193: “O que se verifica é a produção de direito penal não inspirado por razões penais: “L’inasprimento dei sistemi penali contemporanei non è soltanto il prodotto di usi abusivi degli strumenti

realidade, muitos atores jurídicos caem na armadilha do discurso *neoliberal*, ao preço da exclusão (sempre existem vítimas, ecoa **Dussel**) e da *Democracia*, por se vilipendiar, necessariamente, os ‘direitos e garantias’ Constitucionais⁷⁷⁵, rumo ao que se chama de ‘Direito Penal Máximo’.

3 – Destaque-se que foi a partir do pensamento evolucionista – tal qual **Lombroso** – de **Hayek**⁷⁷⁶, que o *neoliberalismo* ganhou um estatuto forte no combate às idéias do *Estado do Bem-Estar*, eis que as considera prejudicial ao ‘Mercado’, a verdadeira fonte da Democracia, justificando, portanto, a diminuição do Estado. ‘Ordem natural’ e ‘Mercado’ são os *slogans* difundidos. Os cidadãos, segundo o modelo *neoliberal*, não podem depender do Estado que, pelo ‘Mercado’ e a seleção natural dos mais capazes, pode ‘naturalizar’ as desigualdades sociais⁷⁷⁷. A ‘Liberdade’ como valor democrático fundamental retiraria a legitimidade das ações estatais, salvo na repressão, claro. Assim é que o Estado deveria ser *mínimo* na busca de Justiça Social, a cargo do ‘Mercado’⁷⁷⁸, mas com ‘mão de ferro implacável’ na esfera penal, reprimindo as manifestações sociais⁷⁷⁹ que busquem o que **Hayek** denomina como ‘paternalismo estatal’:

La concepción según la cual hemos ‘ganado’ (en el sentido de merecido moralmente) la renta obtenida en el momento en que hemos tenido más suerte y a la que, por tanto, tenemos derecho mientras nos esforcemos honestamente como antes y mientras no tengamos ninguna advertencia de cambio, es totalmente errónea. Toda persona, sea rica o pobre, debe su renta a un juego mixto de habilidad y de suerte, cuyo resultado global y cuyas cuotas parciales son lo altas que son sólo porque estamos de acuerdo en jugar la partida y que nos beneficiamos de sus resultados, tenemos la obligación moral de aceptar los resultados, aun cuando no nos sean favorables.⁷⁸⁰

Miranda Coutinho expõe com clareza:

punitivi a disposizione della polizia, della giurisdizione o delle carceri; è, prima di tutto, il risultato di una produzione di diritto penale o processuale penal assoggettata a ragioni non giuridiche.”

⁷⁷⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Rumo à praia dos juizados especiais criminais: sem garantias, nem pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 57-73

⁷⁷⁶ HAYEK, Friedrich A. *Principios de un orden social liberal*. Trad. Paloma de la Nuez. Madrid: Unión Editorial, 2001.

⁷⁷⁷ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o direito na infância..., p. 235: “De todo esse quadro que acabo de traçar, resulta que a exclusão social é endêmica ao modelo neoliberal, pertence à sua lógica interna, por assim dizer.”

⁷⁷⁸ CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2002, p.229-242.

⁷⁷⁹ Em sentido contrário, conferir: MACCORMICK, Neil. *Derecho legal y socialdemocracia: ensayos sobre filosofía jurídica y política*. Trad. Lola González Soler. Madrid: Tecnos, 1990, p. 13-14.

⁷⁸⁰ HAYEK, Friedrich A. *Principios de un orden social liberal...*, p. 46.

Em primeiro lugar, é espantoso como o cenário da globalização investe maciçamente contra a estrutura de um Estado fundado na base da postura liberal. (...) A racionalidade neoliberal despreza o homem, mas assim o faz não só porque tende a admitir despreocupadamente os *excluídos*, mas porque, operando um *desmonte do Estado*, furta-lhe a possibilidade de exercer a *função paterna*, apondo aí o seu próprio ‘eu’, ou seja, o *mercado*. (...) Sem ele [Estado], já referi, não há desejo. (...). De qualquer sorte, a um *mercado-Pai*, que não tem qualquer referencial outro, não importam os efeitos, a não ser aqueles que enderecem na direção do lucro. Lucro, porém, é sinônimo de *gozo*, que tem por pressuposto a satisfação pela via do *objeto*. (...) Precisamos de uma certa ordem, sim; mas não nesse diapasão. (...) Em segundo lugar, falar em *desmonte do Estado* implica, necessariamente, em arrebentar as barreiras do direito. No neoliberalismo há um evidente *desprezo pelo direito*.⁷⁸¹

O Estado, mesmo quando **Hayek** defende a estipulação de uma ‘rede social de seguridade’, o faz na perspectiva de ‘custos sociais’ paliativos da ‘desigualdade natural’, cujo ‘Mercado’ é capaz de colmatar, mantidas, de qualquer sorte, a ‘mão invisível do Mercado’⁷⁸² e a propriedade privada, já que “*el gobierno no puede utilizar la persona y la propiedad del ciudadano para alcanzar sus propios objetivos*.”⁷⁸³ Deveria, então, assumir uma postura de manutenção da ‘ordem espontânea’, adaptando os cidadãos ao modelo de ‘Mercado’⁷⁸⁴, especialmente pela via penal, autorizando, inclusive, a morte de quem não consegue meios de sobreviver, consoante assevera **Hinkelammert**:

Quem não consegue acesso à subsistência está condenado à morte. Ao distribuir os valores de uso produzidos, o mercado distribui oportunidades de vida. Quem não se integra no mercado, ou não pode fazer isso, é uma pessoa que sobra e está condenada à morte. Adam Smith sustenta que, por meio da oferta e da demanda de força do trabalho, o mercado decide sobre a vida e a morte. Se o salário sobe acima da subsistência, haverá operários em excesso, e estes se multiplicarão demais. Por conseguinte, o salário deve cair abaixo da subsistência para que os sobrantes possam ser eliminados. Esta é a harmonia do mercado, que regula inclusive a quantidade de seres humanos existentes para que sempre se possa conseguir um equilíbrio macroeconômico que permita haver tanta oferta de mão de obra quanto a demanda desta. O mercado realiza esta regulação pela fome, mediante o mecanismo da formação do salário, que é canalizado de tal maneira que a oferta e a demanda consigam sempre um preço de equilíbrio, tanto para os bens como para os seres humanos. Esta é a outra face da ‘mão

⁷⁸¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal...*, p. 67-69.

⁷⁸² SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones...*, p. 153: “El nacimiento y la fortuna son las dos causas principales a partir de las cuales se instaura la superioridad de un hombre. A su vez, ambas dan origen a la subordinación y disciplina. La firmeza de la autoridad superior se convierte en el fundamento de su poder para subordinar a los de abajo.”

⁷⁸³ HAYEK, Friedrich A. *Principios de un orden social liberal...*, p. 77.

⁷⁸⁴ BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito...*, p. 13.

invisível'.⁷⁸⁵

Dornelles sublinha que:

A marginalização, a exclusão, a pobreza generalizada, as guerras civis, os massacres, a fome e a conseqüente morte de milhões de seres humanos são apresentados como condições necessárias à reengenharia social, onde as políticas compensatórias e o controle social repressivo se complementam. Ao 'Estado Mínimo' na esfera social e econômica corresponde o 'Estado Máximo' na esfera das políticas de segurança pública e no exercício do controle social através da 'criminalização' dos problemas sociais. E esta exclusão sócio-econômica – com o conseqüente aumento da miséria, e que se constitui em verdadeiro 'genocídio social' que atinge grande parte da humanidade – seja, mais uma vez, considerado pelos ideólogos do neoliberalismo como o 'custo social' do progresso.⁷⁸⁶

4 – **Azevedo**⁷⁸⁷ ressalta que o pensamento de **Hayek** e **Friedman** somente foi apropriado quando passou a interessar ao *status quo*, em substituição ao de **Keynes**, contracenando com a ausência de crítica e coragem de setores sociais aderentes ao receituário neoliberal. E o que reage é “*tachado de ‘dinossauro’, preso a posições ultrapassadas, avessas às demandas incontestáveis da modernidade.*” Só que, acompanhado de **Veríssimo**, afirma que “*os dinossauros ‘foram grandes criaturas. Já os bichos que se adaptam a tudo, que estão aí desde o começo do mundo e sobreviverão até o fim, todos sabem quais são: as baratas, os ratos...*”⁷⁸⁸ Em outras palavras, assevera **Miranda Coutinho**: “*Não foi por outro motivo que o mercado acabou glorificado; e o pensamento em torno dele o supra-sumo da intelectualidade, a ponto de, para quem tem alguma memória, todos os que se colocaram em seu caminho serem taxados de neoburros e/ou neobobos.*”⁷⁸⁹

5 – É de se reconhecer, de outro lado, que em razão da sobrecarga de demandas e da incapacidade de resposta, o caminho está aberto para discursos sobre a ‘eficiência no Judiciário’, modificando-se a relação epistemológica da *Modernidade*. A filiação ingênua ao discurso eficientista – do consumidor – no

⁷⁸⁵ HINKELAMMERT, Franz J. Pensar em alternativas..., p. 12.

⁷⁸⁶ DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 119-137, 2002, p. 121.

⁷⁸⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 96-127.

⁷⁸⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo...*, p. 120.

⁷⁸⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Efetividade do Processo Penal...*, p. 34.

campo do Processo Penal se dá fundamentalmente na restrição à defesa⁷⁹⁰, reificando o papel *Inquisidor* do Poder Judiciário, tudo com o *slogan* do ‘*abuso do direito de defesa*’ e das ‘*manobras de advogados sem ética*’. Para além deste discurso de ‘aprendiz de feiticeiro’ acoplado por muitos, escondem-se interesses inconfessáveis de ‘Defesa Social’ orquestrados por movimentos conservadores. Desconsidera-se, por exemplo, a existência de ‘espaços mortos’⁷⁹¹ nos procedimentos, como a dificuldade material e de pessoal, bem assim como os longos períodos entre uma audiência e outra diante da inviabilidade de pauta – o processo aguarda em berço esplêndido: escaninho –, e o mais grave, acredita-se ainda que o papel do Juiz, neste novo modelo *eficientista* é o da ‘boca repetidora da lei’, mediante raciocínios lógico-dedutivos, mesmo que se saiba – e se esconda – que a endeusada premissa maior – a lei – não pode ser mais tomada como verdade absoluta, porque o ‘rigor semântico’ feneceu (Cap. 5^o).

Apesar do fascínio do discurso *eficientista*⁷⁹² por anestesiar os crédulos de sempre, não se pode, entretanto, romper com as ‘*regras do jogo*’ democrático em nome da *rapidez/eficiência*⁷⁹³, a qual não deve ser confundida com efetividade⁷⁹⁴, porque como afirma **Gonçalves** a “*economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja violado em nome do rápido andamento do processo.*”⁷⁹⁵ O Direito Processual possui limites democráticos e fundamentais⁷⁹⁶. E esse reconhecimento de certo grau de ceticismo é condição de possibilidade para um fundamento democrático, dado que há muito tempo questões jurídicas deixaram

⁷⁹⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 88.

⁷⁹¹ CAMAÑO VIEIRA, Diego. El proceso extraordinario del nuevo CPP: un enfoque garantista..., p. 26: “Estos ‘tiempos muertos’ se deben, en gran parte, a la burocratización de las oficinas judiciales (p. ej. En la demora de las notificaciones, comunicación de antecedentes) y administrativas (colaboración de la policía en diversos aspectos, p. ej. Ubicación de testigos).”

⁷⁹² CUIABANO, Renata Maciel. Ordem de mercado, eficiência e suas repercussões na atuação do juiz no processo penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*. n. 7. Porto Alegre: Nota Dez, 2003, p. 99.

⁷⁹³ LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal...*, p. 67: “Tampouco podemos *confundir garantias com impunidade*, como insistem alguns defensores do terrorismo penal, subvertendo o eixo do discurso. As garantias processuais defendidas aqui não são geradoras de impunidade, senão legitimantes do próprio poder punitivo, que fora desses limites é abusivo e perigoso.”

⁷⁹⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do Processo Penal..., p. 34: “Não é admissível, em hipótese alguma, sinonimizar efetividade com eficiência, principalmente por desconhecimento. Afinal, aquela reclama uma análise de *fins*; esta, a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos *meios*.”

⁷⁹⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 125.

⁷⁹⁶ PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 17: “O discurso da eficiência cala-se acerca das descobertas da criminologia crítica.”

de ser problema do *Monastério dos Sábios* para se tornarem questões de cidadania, de democracia, abertas aos atores do mundo da vida⁷⁹⁷.

§ 5º – O papel estratégico do Direito Penal

“De fato há duas espécies de utopia: as utopias proletárias socialistas que têm a propriedade de nunca se realizarem, e as utopias capitalistas que têm a má tendência de se realizarem frequentemente.” Michael Foucault

1 – O Direito Penal, neste projeto, reafirme-se, possui um papel fundamental na manutenção do sistema, eis que mediante legitimação do uso da coerção, impõe a *exclusão* do mundo da vida com sujeitos engajados no projeto social-jurídico naturalizado, sem que se dêem conta de seus verdadeiros papéis sociais. Acredita-se que se é um excepcional funcionário público, tal qual **Eichmann**⁷⁹⁸ (em Jerusalém), reeditado por **Kafka** em sua *Colônia Penal*⁷⁹⁹. A submissão alienada e vivenciada dramaticamente pelos *metidos* nos processos penais pode ser explicada pela via *psicanalítica* (**Freud**) quando esclarece sobre as identificações da massa com a *Palavra Paterna do Estado*, tida como a última referência, num vínculo de solidariedade ao *Outro* e hostilidade com o *outro*, preso ao desejo de onipotência *Dele*⁸⁰⁰ (Cap. 1º).

Assevera **Roudinesco** que:

O crime, a barbárie e o genocídio são atos que fazem parte da própria humanidade, daquilo que é característico do homem. Por estarem inscritos no cerne do gênero humano, não podem ser eliminados do funcionamento singular de cada sujeito nem da coletividade social, nem mesmo em nome de uma pretensa animalidade externa ao homem. A famosa ‘besta imunda’ de Bertolt Brecht não provém da animalidade, mas do próprio homem que é habitado unicamente pela força da pulsão de morte, a mais cega, a mais compulsiva, a

⁷⁹⁷ CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional...*, p. 14-15: “A sede de eficácia, de Justiça, nem sempre é acompanhada pela devida reflexibilidade diante das questões jurídicas.”

⁷⁹⁸ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia das Letras, 1999, p. 60. A autora afirma que os monstros nazistas não eram a encarnação do mal, mas muitos deles eram apenas homens incapazes de pensar, e que acreditavam cumprir seus papéis sociais cumprindo as leis. A “falha mais específica, e também mais decisiva no caráter de Eichmann era sua quase total incapacidade de olhar qualquer coisa do ponto de vista do outro.” E hoje será que acontece algo similar no Judiciário?

⁷⁹⁹ KAFKA, Franz. *A colônia penal*. Trad. Modesto Carone. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 15: “As coisas se passam da seguinte maneira: fui nomeado juiz aqui na colônia penal, apesar da minha juventude. Pois em todas as questões penais estive lado a lado com o comandante e sou também o que melhor conhece o aparelho. O princípio segundo o qual tomo decisões é: a culpa é sempre indubitável.”

⁸⁰⁰ ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado...*, p. 47-78.

mais intrusiva. Em outras palavras, Eichmann em Jerusalém não foi um monstro desprovido de humanidade, mas um sujeito cuja normalidade confinava com a loucura. Daí o horror que sentimos ao ouvir dizer que ele condenou o sistema nazista ao mesmo tempo que reivindicava seu juramento de fidelidade a esse mesmo sistema, o abominável. Examinando as imagens do processo, vemos perfeitamente que, se existe a banalidade do mal, como afirma Hannah Arendt, ela é a expressão não de um comportamento comum, mas de uma loucura assassina, cuja característica seria o excesso de normalidade. Nada é mais próximo da patologia do que o culto da normalidade levada ao extremo. Como bem sabemos, é nas famílias aparentemente mais normais, com efeito, que muitas vezes surgem os comportamentos mais loucos, mais criminosos e mais desviantes.⁸⁰¹

2 – **Wacquant**⁸⁰², por outra face, demonstra que com o fenecimento do ‘Estado Caritativo’ nos EUA houve um aumento do ‘Estado Penal’ na perspectiva de criminalizar as consequências da miséria mediante a transformação dos programas sociais em vigilância permanente e o encarceramento da pobreza, especialmente os ‘empregados das drogas’⁸⁰³. A análise dos dados americanos deixa evidenciada que a readequação do modelo assistencial e repressivo busca normatizar a miséria, excluindo, ademais, o ‘refugo do mercado de trabalho’:

Desregulação social, ascensão do salariado precário (sobre um fundo de desemprego de massa na Europa e de ‘miséria laboriosa’ na América) e retomada do Estado punitivo seguem juntos: a ‘mão invisível’ do mercado de trabalho precarizado encontra seu complemento institucional no ‘punho de ferro’ do Estado que se reorganiza de maneira a estrangular as desordens geradas pela difusão da insegurança social.⁸⁰⁴

Como se pode perceber, a situação brasileira segue o vácuo do modelo americano de exclusão⁸⁰⁵, bastando que se veja a dimensão do ‘bolsa-escola’, cadastramento de famílias, ‘Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI’, dentre outras iniciativas – mesmo de governos que se dizem democráticos – que escondem para os incautos os mesmos mecanismos americanos de

⁸⁰¹ ROUDINESCO, Elisabeth. *Por que a psicanálise?* Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 123.

⁸⁰² WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁸⁰³ No Brasil, conferir: BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁸⁰⁴ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres...*, p. 135.

⁸⁰⁵ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

‘normatização’⁸⁰⁶, com a particularidade de que o discurso da ‘Nova Escola Penal’ não foi esquecido e é retomado com uma nova maquiagem: a *eficiência*. O discurso do ‘determinismo’ ‘positivista’ é realimentado em face das condicionantes sociais, reeditando a necessidade de ‘tutelar’ os desviantes – consumidores falhos – mediante *prevenção, repressão e terapia*.

3 – O Estado Intervencionista da ‘Nova Escola Penal’ está de volta na sua missão de defender os cidadãos ‘bons e sadios’ dos ‘maus e doentes’⁸⁰⁷, desenterrando o discurso etiológico, perfeitamente conveniente para mídia e para classe dominante. Sob o mote de curar ao mal, tendo a sociedade como um organismo vivo, na perspectiva de uma vida social sadia, a violência oficial se mostra mais do que justificada: é necessária à sobrevivência social. Sustenta **Arend** que: “*O mais assustador é que há um estratégico e eficiente contágio ideológico programando as pessoas para servirem como a voz que chama a ação do poder do Estado para combater a violência, com a presença da autoridade e ataque aos perigosos. Perdeu-se a aspiração do Estado social. A utopia agora é do Estado Penal, mediante a ação capilar e absoluta do Estado Policial.*”⁸⁰⁸

4 – Na mesma toada e fundamentado no contrato social, **Jakobs** defende que o ‘inimigo’ seria aquele que rompeu com as regras contraídas, justificando a visão de não-membro e, por via de consequência, a intervenção penal busca evitar os perigos que ele representa⁸⁰⁹, podendo, assim, o Estado restringir para o ‘inimigo’ as normas – garantias – conferidas ao cidadão. A ‘Defesa Social’ e o ‘direito penal do autor’ retornam, sob nova fachada, mantendo, todavia, o lugar cativo. Estabelecida a distinção entre ‘cidadão’ e ‘inimigo’, para os últimos, na defesa dos bons

⁸⁰⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Prefácio*. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 10: “Como não pensar na ‘bolsa-escola’, carro chefe do PT *light*, ou no ‘cheque-cidadão’ do clientelismo provinciano que distribui dinheiro público a partir de uma rede de igrejas selecionadas?”

⁸⁰⁷ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 26: “O critério que assegura a divisão entre os homens bons e os homens maus provoca ainda o efeito de escamotear o caráter setorial da justiça. Ele supõe uma sociedade não estratificada econômica e valorativamente, homogênea em sua concepção de justiça, onde apenas os maus violam um pacto que tem por credor o todo social uniforme.”

⁸⁰⁸ AREND, Marcia Aguiar. Estado Policial: a resposta do poder às emergências sociais. In: *Revista Discente – CPGD - UFSC*. n. 1. Florianópolis, 2002, p. 120.

⁸⁰⁹ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 47: “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.”

cidadãos, deve-se, para **Jakobs**, restringir as garantias penais e processuais, constituindo o que se denominou de 'Direito Penal do Inimigo'. Isto é:

Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantia de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.⁸¹⁰

Qualquer aproximação com os discursos da 'Lei e Ordem' não é mera coincidência, dado que reeditam a necessidade de 'Defesa Social' redefinindo os 'tipos penais' para difusos 'bens coletivos', cuja densidade se mostra impossível, e os 'papagaios jurídicos' se restringem a repetir, porque pensar complica a premissa maior e 'incontestável' da lei. Desconsidera-se, por evidente, a dignidade da pessoa humana (Cap. 3º). Mas é preciso resistir.

§ 6º – A porta aberta por onde serpenteia o discurso da 'Lei e Ordem'

"Fala-se nas penas da lei como se esta fosse uma galinha prodigiosa. As penas da lei são as penas dos homens, sempre classistas, preservadores dos direitos dos que dominam o jogo social." **Millôr Fernandes**

1 – Baseados, então, em pressupostos ultrapassados, mas ideologicamente interessantes e bem articulados *mediaticamente*, é possível a construção de um caminho de legitimação social do discurso da 'Tolerância Zero', do 'terror' calcado no 'medo'. Somente nesse contexto é possível compreender o 'Movimento da Lei e Ordem', referência um tanto quanto evasiva, pegajosa, camaleônica e tal qual um jogo de espelhos, irrompe tanto no Parlamento como na decisão jurisdicional, esgueirando-se simbolicamente no *senso comum teórico*, nas *every day theories* (**Baratta**).

Choukr assevera:

Mais do que tudo, pois, a emergência penal é um estado de fato. (...) Esta situação de fato, onde existe uma sorte de sentimento comum pela necessidade de adoção de medidas extraordinárias em face do aumento crescente e incontrolado de criminalidade (sobretudo a matiz organizada) recebe

⁸¹⁰ JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo...*, p. 55-56.

criminologicamente o rótulo de movimento da lei e ordem (*law and order*). (...) Inegavelmente remanesce, no entanto, o fundo majoritariamente político do tema, cujas manipulações ideológicas podem chegar a traduzir determinadas situações como absolutamente incontrolláveis a ponto de justificar o incremento de tais regras.⁸¹¹

Na divisão de mundos (bem x mal) **Dotti** assevera que: “os defensores desse pensamento partem do pressuposto maniqueísta de que a sociedade está dividida entre bons e maus. A violência destes somente poderia ser controlada através de leis mais severas, impondo longas penas de prisão, quando não a morte.”⁸¹² Por isso, razoável chegar-se mais perto do que esta visão apregoa, tendo como pano de fundo a herança na ‘Nova Escola Penal’ e a ideologia *neoliberal*, na lógica do encarceramento-exclusão e do ‘*panóptico for windows*’.

2 – **Miranda Coutinho** e **Carvalho** fazem uma crítica pertinente sobre o movimento de ‘Tolerância Zero’ “e sua matriz ideológica, a chamada Broken Windows Theory (*Teoria da Janelas Quebradas*), invencionice americana vendida aos incautos como panacéia no mercado da segurança pública mundial.”⁸¹³ Na perspectiva de ‘melhorar a qualidade de vida na cidade de Nova York’, em 1994, os administradores iniciaram um programa de controle ostensivo de *todo-e-qualquer-desvio-social*, independentemente de sua ofensividade, com o objetivo de ‘manter a ordem’ sob a premissa cínica de que a sua tolerância fomenta o crime⁸¹⁴. Foram articulados, para tanto, diversas iniciativas, dentre elas, o ‘policimento comunitário’ – que já se alastra por aqui – e a ‘truculência policial’, um mal necessário ao ‘bem comum’. Contudo, os resultados demonstram que a ‘corrida repressiva’ não possui os méritos que seus defensores apregoam, além de varrer para debaixo do tapete as verdadeiras causas.

⁸¹¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Bases para compreensão e crítica do direito emergencial..., p. 137-138.

⁸¹² DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13.

⁸¹³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Edward Rocha. *Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro?* Disponível em: <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=28&id=974>. Acesso em: 05 mar. 2004.

⁸¹⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Edward Rocha. *Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro?...*: A *Broken Windows Theory* foi articulada no artigo supracitado de James Wilson e George Kelling, sendo baseada na premissa de que ‘*desordem e crime estão, em geral, inextrincavelmente ligadas, num tipo de desenvolvimento seqüencial*’ (Wilson e Kelling, 1982, p. 31). Segundo eles, pequenos delitos (como vadiagem, jogar lixo nas ruas, beber em público, catar papel e prostituição), se tolerados, podem levar a crimes maiores. A idéia não é complexa e faz adaptação do ditado popular ‘quem rouba um ovo, rouba um boi’ (Wacquant, 2001, p. 25): se um criminoso pequeno não é punido, o criminoso maior se sentirá seguro para atuar na região da desordem. Quando uma janela está quebrada e ninguém conserta, é sinal de que ninguém liga para o local; logo, outras janelas serão quebradas.”

Reabre-se espaço, pois, para medidas de salvaguarda da sociedade antes mesmo que aconteça qualquer ação – profilática –, consoante se verifica na banalização das prisões preventivas⁸¹⁵, nos ‘tipos de perigo abstrato’, aferidas – se é que se pode usar o termo – diante da *periculosidade* do agente, ou melhor, no *estereótipo* e a cargo da ‘criminalização secundária’ (Zaffaroni). É que os pobres, diante de suas condições pessoais e sociais – acredite se quiser – seriam mais propensos à delinquência. E se acontecer o delito, a postura é de ‘reformatar’ o desviante com educação moral, ou melhor, ‘canonização moral-penal’. “*Tudo é muito ingênuo, mas é esta a idéia, sem mais. O problema é nela crer!*”⁸¹⁶

Essa funcionalidade do sistema carcerário, ademais, no que se refere à reprodução da delinquência, não é novidade, tendo Foucault pontuado: “*O adversário do soberano, depois inimigo social, transformou-se em desviador, que traz consigo o perigo múltiplo da desordem, do crime, da loucura.*”⁸¹⁷

3 – No atual estágio, o que se verificou com a ‘Nova Escola Penal’ retorna, na perspectiva de atender aos anseios da elite e da classe média⁸¹⁸ – que se ilude incluída⁸¹⁹ –, pelo medo de dissolução social, com o discurso da ‘Lei e Ordem’ e suas múltiplas facetas, já que atende ao interesse de manutenção do *status quo*, ‘regenerando (?!) quem pode’, a baixo custo, principalmente com *penas alternativas*

⁸¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 36: “Por outro lado, devem ser recordadas as diversas medidas de defesa social presentes em nosso ordenamento – das medidas de prevenção àquelas de segurança, incluindo as medidas cautelares de polícia –, todas irrogáveis não como consequência de fatos legalmente indicados e judicialmente comprovados como delitos, mas derivados de pressupostos subjetivos dos mais variados: como a mera suspeita de haver cometido delitos ou, pior, a periculosidade social do sujeito, legalmente presumidas conforme as condições pessoais ou de *status*, como as de ‘desocupado’, ‘vagabundo’, ‘propenso a delinquir’, ‘reincidente’, ‘delinqüente habitual’, ou ‘profissional’, ‘de tendência delituosa’ ou similares.”

⁸¹⁶ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; CARVALHO, Edward Rocha. *Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro?*...: “É, em suma, de se fazer prevalecer a ordem sobre a desordem; porque os desordeiros estão contra os ordeiros. As pessoas desordeiras incluem ‘pessoas não respeitáveis, turbulentas ou imprevisíveis: catadores de papel, bêbados, viciados, adolescentes arruaceiros, prostitutas, vadios e os perturbados mentais’ (1982, p. 30). São – acredite-se, se for possível – os ‘bêbados fedorentos’ e os ‘pedintes inoportunos’ (1982, p. 34). Nós contra eles, num verdadeiro *labelling approach* (etiquetamento) antecipado: os desordeiros de dentro precisam ser controlados; os de fora, excluídos. De acordo com o artigo, são os ‘forasteiros’ ou ‘estranhos’ que cometem crimes (1982, p. 36). Os ‘regulares’, por sua vez, tendem a não causar problemas. Controlando os desordeiros, prendendo-os, excluindo-os, o problema estará resolvido. A ordem voltará a reinar e o crime desaparecerá.”

⁸¹⁷ FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*..., p. 248.

⁸¹⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel da jurisdição constitucional..., p. 53: “Os juizes que saem da classe média decidem em favor da classe média, contra a patulêia, contra a choldra, como diz o Lenio. E é contra isso que é preciso se rebelar, porque quase sempre é assim, quase sempre foi assim. Por quê? Porque acaba sobrando sempre para eles, para os outros.”

⁸¹⁹ FREIRE, Jurandir Costa. *Razões públicas, emoções privadas*..., p. 91.

e, se não for possível, excluindo no sistema penitenciário privado⁸²⁰. Afinal de contas é preciso dar um destino aos não-consumidores e a saída é a exclusão, em penitenciárias privadas, claro: gerando lucro. E quanto mais e maior a pena – a exclusão – maior o lucro, principalmente se forem ‘penitenciárias industriais’, nas quais os direitos dos presos são mandados às favas e pode-se, além do lucro pela ‘hospedagem’⁸²¹, explorar, sob o pálio da ‘Lei e Ordem’, legal-mente o trabalho humano, quer pela utilização da força em trabalhos internos, quer pela *mais-valia*!⁸²² Por isso a lembrança de **Miranda Coutinho**:

Ora, no fundo, o que é necessário é parar de viver esse sonho e tratar de acordar para a realidade. Parar de viver esse sonho que vivemos a partir da manipulação discursiva. Mais ou menos aquilo que a gente vê, na porta dos campos de concentração dos nazistas. Pois saibam que o que mais me chocou no campo de concentração de Dachau, perto de Munique, na Alemanha, não foram os fornos crematórios, não foi o museu com aquela célebre frase de Santayana: *Coloro che non si ricordano del passato sono condannati e reviverlo*. Não! O que mais me chocou foram os dizeres na porta principal, que, por sinal, está escrito também, salvo engano, em Buchenwald, *arbit macht frei* – o trabalho liberta. Não há nada no mundo que seja mais significativo do que o golpe de linguagem; do que o giro de discurso; do que isso que está aí como lobo em veste de cordeiro.⁸²³

§ 7º – A função da propaganda: Adão, Eva e o Pe(Mer)cado

“Televisão/Deusa da fascinação/Balcão de fantasia/De produto sempre nobre/Cega rico cega pobre/É consumo, hipocrisia.”
G.R.E.S. Estácio de Sá – 1991

⁸²⁰ HAYEK, Friedrich A. *Principios de un orden social liberal...*, p. 92.

⁸²¹ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres...*, p. 137: “O aprisionamento com fins lucrativos refaz, portanto, sua aparição a partir de 1983 [nos EUA] para se apossar rapidamente de um duodécimo do ‘mercado’ nacional, ou seja, cerca de 150.000 detentos, três vezes a população penitenciária da França. Estas firmas cotadas em bolsa no mercado Nasdaq ostentam taxas de crescimento e de lucro recordes e são as meninas dos olhos de *Wall Street*. A ‘nova economia’ americana não é somente Internet e as tecnologias da informação: é também a indústria do castigo! A título indicativo, as prisões do estado da Califórnia empregam duas vezes mais assalariados do que a Microsoft...”

⁸²² RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil...*, p. 103-104: “Mas o que queremos ressaltar é que o trabalho é algo a ser compreendido no jogo das múltiplas forças institucionais: a possibilidade de trabalhar é vista pelo preso como um privilégio, em virtude dos benefícios secundários que acarreta. Além disso, ela é um imperativo, do ponto de vista da preservação da sanidade mental, para alguém mantido em confinamento por longos anos. (...) Este talvez seja o único ‘lucro’ do preso que trabalha: a preservação de sua saúde psíquica. Fora este aspecto, lucra sempre a instituição, realizando um ideal antigo do capitalismo: o trabalhador barato, servil, que deseja apenas trabalhar, exigindo muito pouco.”

⁸²³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *O papel da jurisdição constitucional...*, p. 57.

1 – Retomando o argumento de **Legendre**, a ‘propaganda’ possui, desde a sua criação pela Igreja⁸²⁴, um objetivo bem definido: propagar e reiterar a ‘crença de amor’⁸²⁵. A ‘ciência do sorriso’ ganha espaço para fazer os sujeitados amarem o Poder, apontando o ‘Mal’ a ser perseguido/aniquilado em nome do ‘Bem’, palavra do enunciador, claro, divulgando-se a existência inata, em cada ser humano, da distinção entre os bem aventurados e os recalcitrantes. Diretamente – sempre Adão e Eva⁸²⁶ –: entre os *pecadores* e os *inocentes*; porque para estes últimos, o *paraíso* está reservado⁸²⁷:

Os enunciados fantasísticos, difundidos na Idade Média em versões bem populares graças à predicação sobre as conseqüências penais do pecado, significam mais ou menos isto: ‘Vejam as coisas terríveis que lhes acontecerão, se vocês seguirem a inclinação de seus desejos; se vocês fizerem o que a Lei proíbe, e se vocês não se acusarem por serem culpados diante do confessor, nada poderemos por vocês’. O pecador que sofre de seu desejo é assim convidado a procurar substitutos; o objeto de substituição por excelência, ideal e sublime, é a própria Lei, transformada em objeto de amor.⁸²⁸

Mesmo sendo um discurso ultrapassado, porque a ‘Criminologia Crítica’ (**Baratta**) assim o mostrou, remanesce principalmente pelos interesses *ideológicos* que subjazem e reproduzem a *obediência*. Por mais que existam processos conscientes de *secularização*, a herança religiosa está no âmago da ‘Instituição’ – do Estado – e suas agências, portanto, é fundamental à dominação, consoante **Legendre**: “*Contanto que os novos símbolos substitutivos assumam a relação com alguém ou alguma coisa que os doutores legítimos, mestres das propagandas da Fé, possam garantir com verossimilhança: eis o lugar-tenente-do-pai.*”⁸²⁹

⁸²⁴ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 215: “Valor da anedota: lembro a origem canônica do próprio termo Propaganda (Congregação para a Propaganda da Fé, organismo central fundado em 1622 pelo papa Gregório XV, para gerir as Missões).”

⁸²⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal...*, p. 48-49.

⁸²⁶ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 115: “Antes da falta, explica-se, Adão vivia no paraíso preservado de doença e dispensado da morte. Se ele tivesse guardado a inocência desse estado, teria ignorado a paixão, a ponto de que, no ato gerador, ele não teria sentido mais prazer do que ao tocar uma pedra com a mão. Ele teria, desse modo, engendrado uma raça santa e pura. Mas, sobreveio o pecado, daí procede todo o mal para a humanidade inteira, que sofre assim da condição de Adão, genitor primordial, segundo um conhecidíssimo texto de Agostinho comentado infinitamente pelos escolásticos. Seu crime consumado, nossos primeiros parentes conheceram a vergonha de se verem nus; conseqüência imediata do pecado: os órgãos genitais estavam para sempre corrompidos, tornaram-se a sede do prazer.”

⁸²⁷ VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 97.

⁸²⁸ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 127.

⁸²⁹ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 25.

2 – A mídia possui um papel destacado no fomento do discurso da ‘Lei e Ordem’. Isto porque “*o clima de insegurança passado pela imprensa, no tocante à violência criminal, de certa forma garante a manutenção do ideal dominante.*”⁸³⁰ Não se pode, todavia, imputar-lhe simplesmente a vontade deliberada de tal proceder, porque ela baila conforme o ‘Mercado’, na lógica capitalista, dos interesses que se escondem por detrás da tela.⁸³¹ **Batista** assevera: “*A televisão como novo panóptico tem mais presença nos lares brasileiros que as geladeiras, e da sua telinha escorre lentamente todos os dias o veneno de um certo olhar sobre o crime e a pobreza.*”⁸³² Desta avenida de entrada nos lares é possível a articulação da ‘cultura do medo’ para justificar e naturalizar como um caminho ‘doloroso e necessário’ para salvação: o agigantamento do sistema penal.

3 – **Bourdieu** argumenta que a a televisão opera a ‘violência simbólica’⁸³³. Seu pensamento hegemônico simbolicamente homogêneo, coloca em risco diversas esferas do saber, dentre elas o Direito e, em última escala, a Política e a própria Democracia, principalmente numa sociedade capitalista na qual o objetivo é o lucro, sem ética. Em nome da audiência, então, são exploradas as ‘paixões mais primárias’ dos telespectadores: sangue, sexo, drama e crime, diz **Bourdieu**, “*sempre fizeram vender, e o reino do índice de audiência devia alçar à primeira página, à abertura dos jornais televisivos.*”⁸³⁴ Para tanto, são articuladas ‘censuras’ veladas de quem irá ter ‘voz e imagem’ na programação, bem assim a construção de ‘especialistas’ auto-legitimados pelas ‘redações’, e sempre a mando de alguém que não aparece: o Ausente. Acrescente-se, ainda, que a ‘censura econômica’, do patrocinador, é um condicionante importantíssimo para se manter ‘no ar’. O que não choca, não agride, mantém o consenso, acaricia a audiência e ocupa o espaço do que pode ser

⁸³⁰ PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003, p. 78.

⁸³¹ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 54: “A televisão é um universo em que se tem a impressão de que os agentes sociais, tendo as aparências da importância, da liberdade, da autonomia, e mesmo por vezes uma aura extraordinária (basta ler os jornais de televisão), são marionetes de uma necessidade que é preciso descrever, de uma estrutura que é preciso tornar manifesta e trazer à luz.”

⁸³² BATISTA, Vera Malaguti. *Prefácio*..., p. 7.

⁸³³ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*..., p. 22: “A violência simbólica é uma violência que se exerce com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com frequência, dos que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou de sofrê-la.” BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *A Reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Trad. Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.

⁸³⁴ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*..., p. 22.

importante para as pessoas “*devotas de corpo e alma à televisão como fonte única de informações. A televisão tem uma espécie de monopólio de fato sobre a formação das cabeças de uma parcela muito importante da população.*”⁸³⁵ Uma das estratégias gregárias indicadas por **Bourdieu** é a de ‘ocultar mostrando’, apresentando as informações dramatizadas, fragmentadas, não permitindo ou impedindo a compreensão do todo, o que atrapalha o raciocínio de quem assiste, pois as respostas estão prontas confundindo *realidade* e *ficção*⁸³⁶, movimentadas pela ‘urgência’ do ‘furo de reportagem’. Os substratos de sentido (poder) maquiados sob diversas formas (reportagens, tele-jornais, programas, músicas, filmes, decisões judiciais, argumentos retóricos, etc.) são repetidos pela ‘cultura de massa’ e pelo *senso comum teórico* sem maiores pudores, sonegando-se as diferenças, negando-se a *singularidade* e a exclusão social que campeia os próprios excluídos que se sentem menos excluídos ao verem reproduzidos na TV, o seu modo de vida. Daí o sucesso de programas como o do ‘Datena’ ou o do ‘Ratinho’, que impõem à realidade uma cena e causam nos telespectadores uma sensação de ‘determinismo’ que lhes acalenta a alma/falta. São variações funcionais sobre o mesmo tema, mantendo a imposição de idéias e os interditos à crítica. Os *estereótipos* são verdadeiras *próteses lingüísticas*: os cúmulos de artifício⁸³⁷. E o produto crime, interessa!

§ 8º – Mídia e o Produto: ‘Crime’. Voltamos em dois minutos: Não saia daí

“Todos los actos de drama de la historia mundial se han desarrollado ante un coro popular que rie.” Mikhail Bakhtin

⁸³⁵ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão...*, p. 23.

⁸³⁶ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão...*, p. 28: “Os perigos políticos inerentes ao uso ordinário da televisão devem-se ao fato de que a imagem tem a particularidade de poder produzir o que os críticos literários chama o *efeito do real*, ela pode fazer ver e fazer crer no que faz ver. Esse poder de evocação tem efeitos de mobilização. Ela pode fazer existir idéias ou representações, mas também grupos.”

⁸³⁷ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem...*, p. 102: “Pode-se afirmar, juntamente com Barthes, que a semiologia política deve se ocupar da linguagem que se produz e se espalha sob a proteção do poder. Este tipo de linguagem tem uma instituição como interlocutor privilegiado. As instituições sociais são, por sua vez, instituições que oficializam as linguagens, expropriando e reduzindo as significações enunciadas. A estereotipação discursiva cumpre um papel fundamental, pois sutilmente reveste as significações de uma forma canônica, as recupera para a metafísica institucional dominante, as ornamenta de verdades, as torna ahistóricas e, enfim, as rouba do sentido original de sua enunciação. Daí, a palavra ou discurso estereotipado ser um dado político. Ignorar isto é contribuir para a própria conservação do discurso como estereótipo.”

1 – No tocante aos crimes, melhor se forem ‘bárbaros’, por não envolverem disputa, pois ao invés de dividir – todos querem Justiça! – formarão consenso sobre a pena, e interessar à população jogada na ‘inautenticidade do a gente’ (Heidegger), podendo ocasionar mobilizações em prol do único remédio conhecido – por eles – para conter a ‘chaga do crime’: *cadeia neles!*; se possível *linchamento* em praça pública, com hora marcada, fogueira, enxofre, muito sangue e patrocinadores a peso de ouro, retomando-se o suplício do corpo dos condenados⁸³⁸. Sustenta Freire que “o modo de tratar esta realidade ‘feia, ‘pobre’, ‘desdentada’ e ‘não-branca’ é fazer como se ela não existisse e, quando isso não é possível, a saída é eliminá-la, fisicamente se preciso for, para que o fantasmagórico mundo global volte a ser o aconchegante ninho dos bem-nascidos.”⁸³⁹

Wacquant bem expressa o slogan: “‘tranque-os e jogue fora a chave’ torna-se o leitmotiv dos políticos de última moda, dos criminólogos da corte e das mídias prontas a explorar o medo do crime violento (e a maldição do criminoso) a fim de alargar seus mercados.”⁸⁴⁰ Os programas ‘sangue-show’ são conduzidos por jornalistas que se submetem às expectativas mais primitivas do humano, indicadas por Juvenal: *pão e circo*⁸⁴¹. A fascinação pela barbárie encontra na mídia *delivery* seu melhor canal para o embrutecimento humano, sua *servidão voluntária* (La Boétie)⁸⁴², conforme sustenta Sloterdijk: “Durante a época do Império [Romano], a provisão de fascínios bestializadores para as massas romanas havia se tornado uma técnica de dominação indispensável, rotineiramente aprimorada, e que, graças à

⁸³⁸ FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir...*, p. 9-29.

⁸³⁹ FREIRE, Jurandir Costa. *Razões públicas, emoções privadas...*, p. 91.

⁸⁴⁰ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres...*,

⁸⁴¹ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão...*, p. 74: “E a mesma busca do sensacional, portanto do sucesso comercial, pode também levar a selecionar variedades que, abandonadas às construções selvagens da demagogia (espontânea ou calculada), podem despertar um imenso interesse ao adular as pulsões e as paixões mais elementares (com casos como os raptos de crianças e os escândalos capazes de suscitar a indignação popular), ou mesmo formas de mobilização puramente sentimentais e caritativas ou, igualmente passionais, porém agressivas e próximas do linchamento simbólico, com os assassinos de crianças ou os incidentes associados a grupos estigmatizados.”

⁸⁴² LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. Trad. J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41: “Os teatros, jogos, farsas, espetáculos, lutas de gladiadores, animais estranhos, medalhas, quadros e outros tipos de drogas, eram para os povos antigos os atrativos da servidão, o preço da liberdade, as ferramentas da tirania. Os antigos tiranos possuíam este meio, esta prática, estes atrativos, para iludir os súditos sob seu jugo. Assim, os povos, enlouquecidos, achavam belos esses passatempos, entretidos por um vão prazer, que lhes passava diante dos olhos, e acostumavam-se a servir como tolos, mas piores do que as criancinhas que, para ver as imagens reluzentes dos livros iluminados, aprendem a ler.”

fórmula ‘pão e circo’ de Juvenal, persiste até hoje na memória.”⁸⁴³ Nestes casos, surgem sempre os ‘*fast-thinkers*’ capazes de emitir comentários pseudo-científicos, sem qualquer análise mais detida dos fatos⁸⁴⁴, *armando-se* (este é o termo), ao depois, ‘*debates verdadeiramente falsos ou falsamente verdadeiros*’ (Bourdieu) nos quais a encenação é patética e o resultado conhecido de antemão. Afinal, o patrocinador não pode ter sua imagem prejudicada. A ‘moral vedete’ surge nos discursos moralizantes e normatizadores, enunciados pelos ‘Juizes Midiáticos’, nos quais as garantias penais e processuais são francamente vilipendiadas⁸⁴⁵, mas sempre surge um acusador juntando a ‘fita do programa’ aos autos ou a exibindo, com certo orgulho, no plenário do Júri, quando deveria democraticamente impedir tais violações.

2 – Esses discursos midiáticos, por certo, influenciam no julgamento e não podem ingenuamente ser deixados *a latere*⁸⁴⁶, ou como diz Batista: “*Estamos fora do modelo convencional do trial by media: não se trata aqui de influenciar um tribunal, senão de realizar diretamente o próprio julgamento.*”⁸⁴⁷ Dentre os programas ‘*escorre sangue*’, um deles merece destaque por sua estética, a qual mescla fatos com ficção (jornalismo + novela) e além de inevitavelmente condenar os acusados – com presunção de inocência –, gera efeitos nefastos no mundo da vida: ‘*Linha Direta*’ (Globo), o qual termina invariavelmente: “*de forma grosseiramente óbvia, a despertar a indignação dos telespectadores, convocados a informar algo sobre o paradeiro do vilão, que escapou às conseqüências de seu bárbaro cometimento.*”⁸⁴⁸ Mendonça⁸⁴⁹ procedeu instigante reflexão sobre o

⁸⁴³ SLOTERDIJK, Peter. *Regras para o parque humano*: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000, p. 18.

⁸⁴⁴ BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio...*, p. 277-278: “O caso do ‘maníaco do parque’ exumou a psiquiatria forense mais rasteira e atrasada. (...) O alimento criminológico do público, portanto, são esses hambúrgueres conceituais, servidos em poucas linhas nos jornais e em poucos segundos na televisão.”

⁸⁴⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral..., p. 14: [com a abertura, pós ditadura] “um imenso contingente de profissionais e amadores do jornalismo, do rádio e da televisão assumiram o papel de *juizes paralelos* para o efeito de noticiar, comentar e julgar antecipadamente os fatos delituosos no pressuposto de que assim o fazem na defesa da sociedade. (...) Além da ofensa ao princípio da dignidade humana, os *apóstolos da salvação pública* também violentam a presunção de inocência em favor da presunção de culpa.”

⁸⁴⁶ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão...*, p. 82: “Tem-se a impressão de que a pressão dos jornalistas, exprimam eles suas visões ou seus valores próprios, ou pretendam, com toda a boa-fé, fazer-se os porta-vozes da ‘emoção popular’ ou da ‘opinião pública’, orienta por vezes muito fortemente o trabalho dos juizes. E alguns falaram de uma verdadeira transferência do poder de julgar.”

⁸⁴⁷ BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio...*, p. 283.

⁸⁴⁸ BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio...*, p. 285.

⁸⁴⁹ MENDONÇA, Kleber. A não-voz do criminoso: o Linha Direta como crônica moral contemporânea. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 333-346, 2002.

programa, deixando evidenciado que em termos de índice de audiência, a *montagem* é perfeita, gera lucro com sobras, ao custo das garantias democráticas⁸⁵⁰. Mas quem se importa? Muito poucos, de regra, taxados ingenuamente de defensores de bandidos. Dentro da lógica da ‘Defesa Social’, o programa se enquadra ‘perfeita-mente’, dado que possibilita achar que o vizinho ou o garoto da esquina são o ‘bandido fugitivo’ e quando, enfim, ele é preso, respira-se aliviado: *‘menos um malvado solto’*.

3 – Em tempos de cinismo absoluto, especial enfoque se dá aos desvios sexuais, com a caça aos respectivos *delinqüentes*. Nos EUA são o alvo privilegiado da imprensa, principalmente depois da ‘Lei de Megan’ que divulga a lista dos agressores sexuais⁸⁵¹, os quais jamais se livram da pena, pois. Tudo sob o pretexto hipócrita de moralizar a sociedade e manter em segurança os bons diante dos criminosos, claro. A mídia, na esteira, mantém uma programação palpitante sobre os ‘criminosos’, com direito a ‘fotos’, perguntas abusivas, etc..

§ 9º – A ‘Cultura do Medo’: *quanto mais terror melhor*

“A televisão me deixou burro, muito burro, demais. Agora eu vivo nesta jaula junto dos animais.” Titãs

1 – Por aí se percebe a procedência do argumento de **Legendre**⁸⁵², uma vez que a ‘Ciência do Sorriso’ – propaganda – apresentando-se sob o mote ‘somos todos amigos’, reorganiza o discurso do poder para excluir sempre os mesmos, demonstrando sua patente funcionalidade, reiterada por **Foucault**. Então, dirigindo-se ao público que *‘acredita estar a quilômetros de sua selvageria’*, seleciona e

⁸⁵⁰ MENDONÇA, Kleber. A não-voz do criminoso: o Linha Direta como crônica moral contemporânea..., p. 340: “O Linha Direta não só silencia a voz do criminoso como leva este mesmo gesto a funcionar na caracterização da maldade do assassino. Este silenciamento se dá em três momentos diferentes dentro da reconstituição. O assassino, em momento algum, tem seu passado mostrado. Tampouco sua versão sobre o que de fato aconteceu merece ser simulada. Além disso, a própria voz do foragido é silenciada no momento em que sua prisão se concretiza.”

⁸⁵¹ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres...*, p. 118: “Desde 1997, uma das atrações mais concorridas das feiras dos condados organizados na Califórnia durante a bela estação, junto com as corridas de cavalos, a pesagem dos leitões e os concurso de cuspe à distância, é o ‘outing’ dos condenados por atentado aos costumes: entre a carrocinha do vendedor de sonhos, o estande de tiro ao alvo e a barraca que exalta as qualidades dos produtos da horta, sob uma imensa faixa de cores gritantes (‘Check it out! Relação dos delinquentes sexuais com acesso livre’), o Ministério da Justiça oferece seus sete computadores equipados com o CD-ROM da Lei de Megan, no qual o freguês pode digitar o código postal de seu domicílio e ver aparecer instantaneamente na tela a foto dos (ex)delinquentes sexuais residentes em seu bairro.”

⁸⁵² LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 169-171.

estigmatiza ‘*uma fantasmagoria do bem-educado e do mal-educado*’, do criminoso e do bom cidadão, enfim, da necessidade cada vez maior do ‘*pastoreiro*’.

Resultado disso é o fomento da ‘cultura do medo’, com a mitigação do *senso crítico* dos cidadãos, vendo-se no *outro* qualquer o ódio estampado pela sensação de *nirvana* somente existente antes do nascimento, mas que se busca – aponta a *psicanálise* (Cap. 1º) – com uma compulsão assustadora. Mesmo sem nunca se ter tido a ‘paz’ almejada, fala-se de um tempo perdido de segurança, facilitando-se discursivamente, pelas emoções, a prevalência de discursos de opressão social, tudo em nome da *contenção da escalada avassaladora da criminalidade*⁸⁵³.

2 – **Pastana** assevera que o clima de insegurança atende aos anseios políticos de manutenção do *status quo*, sempre afirmando-se a ocorrência de violência, mas sem nunca resolvê-lo, ocupando matreiramente o tempo dos cidadãos que se encontram, pois, eclipsados do que importa numa sociedade democrática:

Paradoxalmente, o medo e a insegurança neste período democrático permitem ao Estado medidas simbólicas cada vez mais autoritárias, leis cada vez mais punitivas, legitimadas por demandas sociais de proteção reais e imaginárias, principalmente da elite. Além disso, justificam a criação de empresas de segurança e o apoio à privatização da polícia. (...) A cultura do medo que se criou em torno da criminalidade provoca um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança. A lei passa a ser a ‘tábua de salvação’ da sociedade e, quanto maior for a sua dureza, mais satisfeita ela estará. Além disso, todos os programas e notícias que lidam de forma direta com esse pânico passam a ser produtos muito consumidos e por isso muito divulgados, aumentando ainda mais o próprio alarme. A segurança torna-se plataforma política e algumas vezes a causa da derrocada de um governo. A promessa é sempre repressão.⁸⁵⁴

Acrescente-se, como consequência, bem ao gosto capitalista, a diminuição do Estado, apanágio da vertente *neoliberal*, com o aumento das empresas de segurança privadas, de vigilância, mudanças de hábitos – viva aos Shoppings Centers, onde há mais segurança – construção de condomínios fechados⁸⁵⁵, dentre

⁸⁵³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel da jurisdição constitucional..., p. 54-55: “A televisão faz plim-plim e aquela mulher (com cara de Paulo Autran, sem nenhuma expressão), vira para a câmera e diz: *em uma chacina na periferia de São Paulo, São Miguelzinho, morreram mais 14 neste final de semana*. E logo se pensa: dane-se, morreu, morreu, que bom que não fui eu! Não estou nem aí! É o supra-sumo da representação narcisística.”

⁸⁵⁴ PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo*..., p. 97-98.

⁸⁵⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Segurança Pública e o Direito das Vítimas*..., p. 142: “É por isso que se consegue entender – aceitar é impossível! – o aumento desenfreado das agências de segurança privadas

outras mudanças comportamentais⁸⁵⁶, como por exemplo a ‘vídeo-vigilância, na qual se é observado nas ruas das cidades⁸⁵⁷, sem que se saiba, violando-se o ‘Direito à Intimidade’, construindo-se um ‘panóptico social’⁸⁵⁸, tudo em nome do ‘big-brother’ *que olha por ti*, afinal, como apontou **Orwell** em 1984: – “*Gerra é paz/ Liberdade é escravidão/ Ignorância é força.*”⁸⁵⁹ – tendo razão, portanto, **Estévez Araújo**:

A ‘vídeo-vigilância’ indiscriminada e sem controle está convertendo o espaço público britânico em um ‘panóptico’ no sentido em que Bentham propôs para os cárceres: um lugar no qual os presos pudessem estar sempre vigiados, mas sem que eles soubessem se em um determinado momento estavam ou não sendo observados. E se é certo que uma pessoa não tem o direito ao mesmo grau de proteção de sua intimidade em sua casa como na rua, a luta contra a criminalidade não justifica transformar os espaços públicos em algo similar a uma prisão.⁸⁶⁰

§ 10 – ‘Direito Penal Mínimo’ *contra* os reflexos da ‘Defesa Social’

1 – Ainda que o discurso do *senso comum teórico* navegue nas águas ‘positivas do determinismo’, a criminologia modificou seu foco de abordagem. A *Criminologia Crítica*, ao invés de se centrar na figura/estereótipo do binômio do casal criminoso/crime, passou a *olhar para alguém e além* dele: percebeu que o indivíduo dito criminoso encontra-se necessariamente inserido em um contexto social, propenso portanto à estigmatização e etiquetamento. Observou o discurso da legitimação/exclusão dos indivíduos, percebendo a maneira pela qual o sistema penal é construído/forjado.

Em face disso, constituiu-se o *paradigma da reação social* que longe de tentar/simular a descoberta (influência cartesiana) das condutas criminosas, passou

(vende-se proteção, agora legalmente), assim como cada um trata, na medidas das suas possibilidades, de fazer a sua parte e, com isso, os condomínios ganham articuladíssimos sistemas de proteção – do que Alphaville, em São Paulo, é o exemplo para o mundo (Hans-Peter Martin & Harald Schumann) – contra intrusos. São os chamados *guetos de bem-estar*; em verdade prisões (pelo menos de consciências), onde os *aparentemente* ‘mocinhos’ é que estão presos, enquanto os ‘bandidos’ estão soltos. Há, nisso tudo, pelo menos um efeito miopia, ou seja, *as maiores vítimas*, como é primário e sabem todos (seria cínico dizer o contrário), *não têm condições de se proteger*. E seguem o calvário de ter que conviver com a criminalidade à sua porta.”

⁸⁵⁶ PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo...*, p. 63-72.

⁸⁵⁷ VIANNA, Túlio Lima. A era do controle: introdução crítica ao direito penal cibernético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a.93, n. 819, p. 448-456, jan. 2004.

⁸⁵⁸ FOUCAULT, Michael. *A verdade e as formas jurídicas...*, p. 87: “O *Panaption* é a utopia de uma sociedade e de um tipo de poder que é, no fundo, a sociedade que atualmente conhecemos – utopia que efetivamente se realizou. (...) Vivemos em uma sociedade onde reina o panoptismo.”

⁸⁵⁹ ORWELL, George. 1984..., p. 9.

⁸⁶⁰ ESTÉVEZ ARAÚJO, Jose Antonio. *Um olhar a partir da Europa*. Trad. Lédio Rosa de Andrade. Tubarão: Studium, 2002, p. 106.

a ver/olhar que as condutas criminais somente o são por convenção/etiqueta.

Miranda Coutinho e Marques afirmam:

Ninguém desconhece que, com o surgimento da teoria do etiquetamento, a criminologia passou a dirigir seu foco de atenção ao sistema penal e à operatividade de suas agências oficiais de controle social no combate à criminalidade, tratando o fenômeno criminal e a pessoa do criminoso de forma historicamente contextualizada e possibilitando a mudança paradigmática em criminologia, com o abandono do enfoque etiológico do desvio. Este paradigma, portanto, refuta a idéia de que o crime e o criminoso são realidades ontológicas pré-constituídas à sociedade.⁸⁶¹

A *etiqueta* (criminoso) é posta muitas vezes de forma arbitrária e necessariamente descontínua, do que se constitui crime, utilizando-se, para tanto, o que **Barthes** expõe como sendo “a linguagem encrática (aquela que se produz e se espalha sob a proteção do poder) é estatutariamente uma linguagem de repetição.”⁸⁶² A repetição somada à autoridade da asserção produz o *estereótipo*⁸⁶³, figura lingüística simbólica e eficaz a serviço do poder dominante, como se percebe na figura do *crime*, *criminoso* e *bem jurídico*⁸⁶⁴. Teve o mérito de demonstrar que somente os escolhidos/estigmatizados sofrem a incidência da regra jurídica, por seleção de suas agências (**Zaffaroni**), não obstante grande parte da sociedade, em tese, a viole. Com a reação social dos desvios, aparecem, pois, os criminosos. Afinal, muitos dirigem embriagados, possuem CD's falsificados, bolsas da moda compradas de camelôs (*Louis Vuitton*), xerox de livros à venda⁸⁶⁵, dão presença em audiência para quem não está (Ministério Público, advogados, públicos ou dativos,

⁸⁶¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MARQUES, Allana Campos. Baratta: *Aldilà* do sistema penal..., p. 104.

⁸⁶² BARTHES, Roland. *O prazer do texto*. Trad. J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 55.

⁸⁶³ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 306: “Compartilhando o pensamento de Barthes, podemos afirmar que o caráter necessariamente limitativo força um processo de estereotipação das significações. Por isso podemos dizer, embora pareça forte, que a linguagem é sempre uma estereotipação da complexidade social e significativa. Frente a isto parece-me que o que se pode intentar é uma análise dos efeitos sociais dos sistemas de estereotipação. A linguagem é um jogo de estereotipação, e o que devemos intentar é a compreensão conceitual deste jogo, situando a epistemologia no interior da teoria da comunicação.”

⁸⁶⁴ BARTHES, Roland. *O prazer do texto...*, p. 57: “O estereótipo é a palavra repetida, fora de toda magia, de todo entusiasmo, como se fosse natural, como se por milagre essa palavra que retorna fosse a cada vez adequada por razões diferentes, como se imitar pudesse deixar de ser sentido como uma imitação: palavra sem-cerimônia, que pretende a consistência e ignora sua própria insistência (...) de acordo com isso, o estereótipo é a via atual da ‘verdade’, o traço palpável que faz transitar o ornamento inventado para a forma canonical, coercitiva, do significado.”

⁸⁶⁵ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito penal diferenciado*. Tubarão: Studium, 2002, p. 93-94: “Considerem-se as práticas corriqueiras de fotocopiar livros, usar programas de computador ‘piratas’, apostar no jogo do bicho,

principalmente), declaram valores menores aos imóveis para recolher menos tributos, mas nem por isso são ou se sentem criminosos...

Andrade sustenta que:

Desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria perigosa da população e em todos os estratos sociais. Se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, 'regularmente', em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos. E não, como pretende o discurso penal oficial, uma incriminação (igualitária) de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime. A conduta criminal não é, por si só, condição suficiente deste processo. Pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas.⁸⁶⁶

2 – O corpo *pretensa-mente* científico da *Criminologia Positiva* restou, assim, fortemente abalado, com verdadeira 'fratura exposta', deixando aparecer os processos de produção dos *criminosos*. No *Paradigma do labelling approach* a realidade social passou a ter importância, abjurando a construção ideal dos criminosos. Demonstrado ficou que todas as condutas são, em tese, passíveis de enquadramento penal, e a etiqueta *delinqüente* nada mais é do que o resultado desse processo de produção⁸⁶⁷ de tipos penais, acrescido da *estigmatização* que recai sobre "uma minoria considerada perigosa geralmente associada à classe econômico-político-social desfavorecida, vale dizer, aos pobres, tornando-os mais vulneráveis à criminalização."⁸⁶⁸

dirigir embriagado, ir a um motel ou casa de prostituição, comprar produtos do Paraguai, utilizar bens da repartição pública para benefício particular, corrupção em todas as suas modalidades, entre outras tantas."

⁸⁶⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. In: *Revista Sequência*. Florianópolis, n. 30, p. 24-36, jun. 1995.

⁸⁶⁷ KRANTZ, Deise Helena. Controle social e criminalidade..., p. 19-20: "O *labelling* portanto, 'reduz a pó' o princípio da igualdade (formal), demonstrando que o desvio e, por conseguinte a criminalidade, não são produtos da conduta humana em particular, mas uma 'qualidade' atribuída a determinadas pessoas por meio do processo de controle social. Assim, segundo o paradigma da reação social as condutas tidas como 'desviadas' são facilmente detectáveis em todos os estratos sociais. Entretanto, a sociedade 'etiqueta' ou seleciona determinados indivíduos 'desviantes' (não todos), para então 'fabricar' os criminosos. Neste contexto, não há que se falar em defesa social, pois apenas um pequeno número de homens, os selecionados, tornam-se 'clientes' do sistema penal, conservando-se no seio da sociedade os demais 'delinqüentes', comumente praticando as mesmas condutas pelas quais alguns poucos são punidos e encarcerados."

⁸⁶⁸ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Trajetórias jurídicas: desafios e expectativas*. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 46.

Portanto, o sistema penal com seus discursos hegemônicos de *paz e ordem social*, com maquiagem de homogeneidade, escamoteia o modelo de sociedade *excludente* que sustenta/legitima. Existe – camuflada, é verdade – uma funcionalidade do discurso cínico/astuto da desfuncionalidade do sistema penal, capaz de manter a tranqüilidade aos poucos habitantes da *cobertura social*⁸⁶⁹. “O Código Penal serve para reprimir a gentalha que quebra a cara, enquanto a high-society navega com seus iates para Ilha de Caras.”⁸⁷⁰

3 – O Direito Penal, nesta percepção, apesar de prometer proteger a todos de forma igual, deixa de tutelar os bens que interessa(ria)m a maioria da população, conformando-se na manutenção de uma ordem desigual, mascarada em bens jurídicos incomensuráveis⁸⁷¹. Como assevera **Streck**: “Definitivamente, é inegável que numa sociedade dividida, o bem jurídico tem caráter de classe. Tal constatação permite o aproveitamento crítico de conceito de bem jurídico, no amplo espectro de funções que, como visto, lhe corresponde.”⁸⁷² Assim é que nem todos os que praticam formalmente *crimes* são *criminosos*, existindo os *criminosos* da cobertura (veja-se o colarinho branco), sempre salvos dos atropelos do térreo, quiçá do porão (lotado), dada a ‘criminalização secundária’ (**Zaffaroni**), pois como assevera **Nepomuceno**: “A lei determina qual conduta humana é considerada crime. As agências de poder do sistema penal, por sua vez, dirão quem é o criminalizado.”⁸⁷³

Ferrajoli aponta neste sentido ao dizer que a conformação atual aceita o risco da condenação de um inocente ao preço de livrar os homens de bem dos criminosos:

Infelizmente, a ilusão panjudicialista ressurgiu em nossos tempos por meio da concepção do direito e do processo penal como remédios ao mesmo tempo exclusivos e exaustivos para toda infração da ordem social, desde a grande criminalidade ligada a degenerações endêmicas e estruturais do tecido civil e do sistema político até as transgressões mais minúsculas das inúmeras leis que

⁸⁶⁹ AZEVEDO, Jackson C. de. *Reforma e ‘Contra’Reforma Penal no Brasil: a ilusão... que sobrevive*. Florianópolis: OAB-SC, 1999, p. 41: “Se déssemos a palavra ao sistema, que não tem voz, para que, em termos bem simples, expressasse o seu funcionamento ideológico, ouviríamos algo mais ou menos assim: – Eu sei que a minha prática, o que eu faço, é diferente do que eu digo, mas se eu disser isso, ninguém vai me aceitar. E como o que eu quero é exatamente o que faço, preciso continuar mentindo, porque só consigo fazê-lo enquanto disser o que digo. É graças ao que digo (legalidade, prevenção, ressocialização, etc.) que posso fazer o que eu faço (construção seletiva da criminalidade).”

⁸⁷⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O Juiz (Garantista) e a Execução Penal..., p. 412.

⁸⁷¹ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito ao Direito II*. Tubarão: Studium, 2002, p. 114-116.

⁸⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri...*, p. 38.

⁸⁷³ NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei...*, p. 58.

são cada vez mais freqüentemente sancionadas penalmente, por causa da conhecida inefetividade dos controles e das sanções não penais. Resulta disso um papel de suplência geral da função judicial em relação a todas as outras funções do Estado – das funções política e de governo às administrativas e disciplinares – e um aumento completamente anormal da quantidade dos assuntos penais.⁸⁷⁴

4 – Por tais razões, no *Estado Democrático de Direito*, somente se justifica a intervenção estatal, via ‘direito penal mínimo’ (Cap. 4º), em face de crimes que impeçam a realização dos objetivos constitucionais do Estado, ou seja, os que alimentam a injustiça social e os necessários à coesão do laço social, demitindo-se, assim, da criminalização de *toda-e-qualquer-conduta* que possa ser resolvida por formas extrapenais⁸⁷⁵ ou decorrentes da omissão (quiçá dolosa) do modelo econômico adotado/imposto no Brasil contemporâneo.

§ 11 – Mídia e Decisão Judicial: *cenas do próximo capítulo*

“Vocês não se envergonham de ser os ventríloquos do poder?
A voz do dono?” **Bernard Maris**

1 – O conjunto dessas condicionantes *criminológicas* e *mediáticas* aparece no *ato decisório*. Para além dos **Garzóns tupiniquins**⁸⁷⁶, o foco da *luz, câmera, ação*, produz o êxtase, ‘o olhar como objeto a’ (**Lacan**), o jubilamento de *ver-e-ser-visto*⁸⁷⁷, motivo pelo qual **Bourdieu** sustenta que: “A *televisão se tornou hoje uma espécie de*

⁸⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 451.

⁸⁷⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Manifesto contra os juizados especiais criminais: (uma leitura de certa ‘efetivação’ constitucional. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 350-352: Com os Juizados Especiais Criminais “ressuscitou-se um mundo de infrações bagatelares praticamente esquecidas e, quiça, prontas para mudar de ramo. (...) Por outro lado, é preciso ter consciência (talvez fosse o caso de dizer: vergonha) suficiente para reconhecer que a lei, da forma como em vigência, responde a uma ideologia de *tolerância zero*, ligada – ou pelo menos muito próxima – aos postulados do modelo neoliberal que se implantou no país, o qual vai fazendo estrada, também no Direito, pela ignorância de uns e assepsia de outros.”

⁸⁷⁶ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão...*, p. 116: “O campo jurídico não é o que acredita ser, isto é, um universo puro de todo comprometimento com as necessidades da política ou da economia. Mas o fato de que consiga fazer-se reconhecer como tal contribui para produzir efeitos sociais inteiramente reais e, em primeiro lugar, sobre os que têm por profissão dizer o direito. Mas o que será dos juristas, encarnações mais ou menos sinceras da hipocrisia coletiva, caso se torne de notoriedade pública que, longe de obedecer a verdades e a valores transcendentais e universais, eles estão transpassados, como todos os outros agentes sociais, por restrições como as que exercem sobre eles, subvertendo os procedimentos e as hierarquias, a pressão das necessidades econômicas ou a sedução dos sucessos jornalísticos?”

⁸⁷⁷ QUINET, Antonio. *Um olhar a mais: ver e ser visto na Psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 10: “O conceito de pulsão escópica permitiu à psicanálise restabelecer uma função de atividade para o olho não mais como fonte de visão, mas como fonte de libido. Onde os antigos têm o conceito de raio visual e o fogo do olhar, a psicanálise descobre a libido de ver e o objeto olhar como manifestação da vida sexual. Lá onde estava a visão, Freud descobre a pulsão.”

*espelho de Narciso, um lugar de exibição narcísica.*⁸⁷⁸ Mesmo que não apareça a foto, a referência à sua decisão faz com que – muitas vezes – o juiz massageie o ego e possa, assim, mostrar ao *Outro* que cumpriu a missão de aplicar a Lei (Cap. 1º). Ainda que *conscientemente* isto não apareça de forma ostensiva, no *inconsciente* o dever está cumprido e comprovado pela imprensa:

A representação procurada pelo juiz no processo mostra bem que a última palavra é tarefa do Poder, de uma relação entre a lógica e seu mito de apoio. O juiz porta a máscara sacerdotal, ele toma o lugar sagrado do intocável, ele representa este Outro, o onipotente e o ausente com que se mistifica a instituição medieval para viver e fazer viver. Quando ele pronuncia a sentença, ele diz o Direito, e sua consciência própria desaparece ('o juiz não deve julgar de acordo com sua consciência, mas segundo as alegações'); quando ele julgou, não é ele que fala, mas a Verdade da Lei ('a coisa julgada tem o lugar da verdade': *res judicata pro veritate habetur*).⁸⁷⁹

Dessa intrincada mesclagem, o discurso da 'normatização' e da 'Lei e Ordem' encontra sólo fértil para novas investidas buscando a exclusão dos refugos do sistema: os *pobres*. Tudo isso sob o *pano de fundo* do *terror midiático* e sua *violência simbólica* (**Bourdieu**) que se esgueira no *clamor* pelo aumento da pena deles, os *outros*: 'os criminosos'. Num discurso de dois mundos – bem x mal – apresentado diariamente pela imprensa, o *imaginário social* se constrói cada vez mais pelo *espetáculo de sangue*.

2 – As motivações dos indivíduos pelo '*sangue que explode na tela*' podem ser vistas a partir da *psicanálise*, pelo 'gozo escópico'⁸⁸⁰. **Freud** já demonstrou – há muito – que "o estanho que é aquela categoria do assustador que remete ao que é conhecido, de velho, e há muito familiar"⁸⁸¹, consistente no contato com o recalçado: a *violência*. Vale lembrar que pela *psicanálise* se é herdeiro e cúmplice do *crime primevo* (do pai da horda – Cap. 1º), cuja *culpa* redivive, mas é negada veementemente⁸⁸². O crime sempre é do *outro*. Por isso ao se olhar na tela a

⁸⁷⁸ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão...*, p. 17.

⁸⁷⁹ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 101.

⁸⁸⁰ QUINET, Antonio. *Um olhar a mais...*, p. 11: "Com Lacan, a psicanálise levanta o véu de horror que o gozo escópico provoca e nos faz descobrir que o olhar da Medusa está na posição de comando em nossa civilização, visto seu efeito de petrificação e fascinação."

⁸⁸¹ FREUD, Sigmund. O 'estranho'. In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1997, v. XVII, p. 238.

⁸⁸² ROUDINESCO, Elisabeth. *Por que a psicanálise?...*, p. 16: "Daí uma concepção da norma e da patologia que repousa num princípio intangível: todo indivíduo tem o direito e, portanto, o dever de não mais manifestar seu sofrimento, de não mais se entusiasmar com o menor ideal que não seja o do pacifismo ou o da moral humanitária. Em consequência disso o ódio ao outro tornou-se sub-reptício, perverso e ainda mais temível, por

violência surge de um misto de horror, prazer e fascinação⁸⁸³. Consoante afirma **Marin**: “A sociedade contemporânea, apesar de abolir no discurso oficial a violência, ao expor tantas imagens violentas, siderando o olhar de todos, contribui para ativar mecanismos de cisão do Eu que, ao mesmo tempo se vê, critica e goza com a violência, nega-a.”⁸⁸⁴

3 – De qualquer forma, os efeitos dos movimentos de ‘Defesa Social’ no Direito Penal são vultosos. **Dotti** promoveu um inventário das conquistas do ‘Movimento da Lei e Ordem’ no ordenamento jurídico brasileiro⁸⁸⁵, demonstrando um absoluto recrudescimento da resposta estatal, sem que, todavia, os fins propalados tenham se verificado, mas somente os objetivos que se escondem por detrás do discurso: *exclusão da pobreza*⁸⁸⁶. **Miranda Coutinho e Carvalho** resumem bem a perplexidade e canalhice da proposta:

O perigo de tal afirmação – não fosse a ingenuidade – é evidente, na medida em que transforma o guri da esquina (que está lá ao invés de estar na escola, maldito!) em um maníaco do parque; o mendigo que dorme sob a marquise (porque quer, obviamente!) em uma ameaça para a sociedade (quem não dorme melhor quando não vê um mendigo em tais condições?!). Os pedintes, então, enojam, assustam, encham todos de medo: fazem com que se saia das ruas e se fique trancado em casa. E o medo, como que numa osmose criminosa, é percebido pelos ladrões-desordeiros, que passam a roubar; um círculo vicioso do apocalipse da desordem: desordem gera medo, medo gera crime, crime gera desordem. É o reino, por evidente, da manipulação das premissas. É a filosofia *Caco Antibes* aplicada ao Direito! (...) A saída não é tão obscura quanto parece,

assumir a máscara da dedicação da vítima. Se o ódio pelo outro é, inicialmente, o ódio a si mesmo, ele repousa, como todo masoquismo, na negação imaginária da alteridade. O outro passa então a ser sempre uma vítima, e é por isso que se gera a intolerância, pela vontade de instaurar no outro a coerência soberana de um eu narcísico, cujo ideal seria destruí-lo antes mesmo que ele pudesse existir.”

⁸⁸³ MARIN, Isabel da Silva Kahn. *Violências*. São Paulo: Escuta/Fapesp, 2002., p. 28: “O espetáculo da violência – uma relação de olhar e imaginação que produz gozo. Não se pode esquecer disso, e o texto freudiano ao discutir as questões de sadismo/masoquismo é explícito nesse sentido. Esse modelo pode ser situado nas fantasias de flagelação que Freud descreve em ‘Uma criança é espancada’. É nítido o deslocamento do sujeito que ora é quem pratica a ação violenta, ora é quem a recebe, mas sempre no lugar do espectador.”

⁸⁸⁴ MARIN, Isabel da Silva Kahn. *Violências*..., p. 177.

⁸⁸⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*..., p. 24-25.

⁸⁸⁶ GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 26-27: “Através dos meios massivos de comunicação, os donos do mundo nos comunicam a obrigação que temos todos de nos contemplar num único espelho, que reflete os valores da cultura de consumo. Quem não tem, não é: quem não tem carro, não usa sapato de marca ou perfume importado, está fingindo existir. Economia de importação, cultura de imitação: no reino da tolice, estamos todos obrigados a embarcar no cruzeiro do consumo, que sulca as agitadas águas do mercado. A maioria dos navegantes está condenada ao naufrágio (...) O mesmo sistema que precisa vender cada vez mais, precisa também pagar cada vez menos. Este paradoxo é mãe de outro paradoxo: o norte do mundo dita ordens de consumo cada vez mais imperiosas, dirigidas ao sul e ao leste, para multiplicar os consumidores, mas em muito maior grau multiplica os delinquentes. Ao apoderar-se dos fetiches que dão existência real às pessoas, cada assaltante quer ter o que a sua vítima tem, para ser o que a vítima é.”

ou quanto querem fazer parecer: um Direito penal mínimo, verdadeiramente subsidiário e que atenda à Constituição (que segue e deve seguir dirigente); educação e saúde para todos: como exigir do mendigo que “seja educado, não atrapalhe e não feda”, se não se dá a ele sequer ensino e saneamento básico? É hipócrita dizer, afinal, que “todo mundo tem o direito de dormir embaixo da ponte”. Abalou-se, na estrutura, a ética, sem a qual em perigo está a própria democracia. (...) Enquanto os apóstolos da Tolerância Zero não entenderem que ela deve alcançar – isso sim – a corrupção, com a má-fé e o mau uso do dinheiro público, continuar-se-á vivendo nesta terra encantada de valores e moral em que Alice nos conduz; de *imbrogli* retóricos. Isso eles não entendem, ou não querem entender. Não querem perceber que quando alguém de dentro quebra as janelas, pouco resta a fazer com os que estão lá fora (aliás, a pedra cai na cabeça deles!).⁸⁸⁷

§ 12 – Movimento Antiterror e a Democracia

“Nunca vi um canalha que, nas reuniões íntimas, não invectivasse, com toda sinceridade, os canalhas do mundo. Nem um ladrão que não fosse contra o roubo. Mulheres e homens de comportamento desregrado são, em geral, os mais ferrenhos moralistas. E a primeira coisa que um governo despótico faz é inaugurar uma praça com o nome de Praça da Liberdade.” Millôr Fernandes

1 – Assim é que se não pode aceitar numa sociedade que se diz democrática, a manutenção de posturas e dispositivos absolutamente incompatíveis com o estatuto constitucional e que têm sobrevida, em muito, pela ausência de controle de constitucionalidade – *oxigenação constitucional* (Cap. 3º). Demonstra-se urgente a assunção de uma posição crítica capaz de desterrar esse modelo mantido, em sua estrutura, na *praxis* forense e no *imaginário* social, como se verifica no malfadado ‘Movimento da Lei e Ordem’ e sua ‘cultura do medo’⁸⁸⁸.

Para isso é preciso poder repensar o jurídico desde outros olhares e por este motivo **Dussel** foi invocado, porque:

En la filosofía política actual, por la situación de profundo pesimismo entre la izquierda desde el fin de la llamada ‘Gerra fría’, la posibilidad de la crítica se há tornado casi imposible. Hay como una incapacidad radical de iniciar una crítica cabal al estado de cosas en el que la humanidad há caído, en las manos

⁸⁸⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. *Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro?...*,

⁸⁸⁸ PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo...*, p. 28: “No caso específico da violência criminal, temos a cultura do medo como pano de fundo para várias observações dessa natureza. Os valores e comportamento difundidos a partir do medo socialmente cultivado são formas simbólicas de dominação tão ou mais violentas quanto a própria violência de que se tem medo.”

irresponsables de un capitalismo tardío globalizado si límites de ningún tipo, llegando a un salvajismo que nos arrastra al suicidio colectivo ecológico y al genocidio de las multitudes más pobres en el Sur – a las cuales se le asigna el destino de su simple extinción, dado que no pueden competir en el ‘mercado’ (nuevo espacio cai-metafísico desde Adam Smith hasta Friedrich Hayek, que pretende tener el derecho de juzgar la realidad o irrealidad de la existencia y la vida humana) de manera ‘eficaz’.⁸⁸⁹

2 – A advertência de **Batista**, desta feita, procede, pois: “*Conter a irracionalidade de um poder punitivo exercido sem limites é um capítulo conhecido da aventura humana. A expropriação da vingança das vítimas não se realizou para o exercício público da mesma vingança, mas sim para a utopia cambiante da justiça, lugar onde a celeridade, afora os erros que fomenta, costuma chamar-se linchamento.*”⁸⁹⁰ Em suma, não dá para posar de democrata aplicando o Código Penal e o de Processo Penal de maneira mecânica. É nas decisões, na prática, que o discurso democrático de fachada se desfaz. Para além da ingenuidade de uns, ignorância de outros e safadeza de poucos, é preciso resistir, podendo-se engajar, por exemplo, no ‘Movimento Antiterror’.

Afirma **Miranda Coutinho**:

O grave, porém, são os mercadores das imagens; homens da ordem; e da lei se lhes interessa; maniqueístas interesseiros porque, pensando-se do bem (são sempre os donos da verdade, que imaginam existir embora, cada vez mais, mostre-se como miragem), elegem o mal no *diferente* (em geral os excluídos) e pensam, no estilo nazista, em coisas como um Direito Penal do Inimigo. Personalidades débeis, vendem a alma ao diabo (ou a um deus qualquer como o mercado) para operar em um mundo de ilusão, de aparência, e seduzir os incautos. Parecem pavões, com belas plumas multicoloridas, mas os pés cheios de cracas.⁸⁹¹

3 – O novel ‘Movimento Antiterror’⁸⁹² é formado por profissionais que buscam a manutenção das *regras do jogo democrático* presentes na Constituição da

⁸⁸⁹ DUSSEL, Enrique. *Hacia una Filosofía Política Crítica*. Bilbao: Desclee, 2001, p. 9.

⁸⁹⁰ BATISTA, Nilo. Justiça e linchamento In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. p. 163-166, 2002, p. 166.

⁸⁹¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Prefácio*. In: LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. XVI.

⁸⁹² Extrai-se da Carta do Movimento AntiTerror. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 25 mai. 2003: “A população brasileira não pode mais ser enganada com medidas paliativas e mentiras legislativas que, além de ofenderem o espírito da Constituição, retardem ainda mais as reformas sérias e indispensáveis. De tudo quanto já foi dito e o mais que será objeto de reflexões do presente e do futuro, pode-se concluir afirmando que: O Estado não cumpre as leis criminais que promulga; O Estado não oferece um sistema carcerário minimamente eficiente para manter, tratar e recuperar o preso; O Estado não tem política criminal, educacional, de saúde pública ou de assistência aos excluídos; O Estado permite que os seus agentes integrem o crime organizado ou

República de 1988 e nos Tratados de Direitos Humanos, opondo-se ao manejo messiânico das reformas de última hora, movidas pelo pânico e acontecimentos tópicos, na perspectiva de lutar pela construção do *Estado Democrático de Direito*⁸⁹³. Pretende fomentar uma discussão séria – um diálogo – que leve em consideração os múltiplos aspectos da ‘questão criminal’ e não se submeta a maniqueísmos panfletários e de fácil vendagem midiática, na esperança de que se dê cumprimento aos objetivos e princípios Constitucionais (CR/88, arts. 1º e 3º), iniciando-se com a oposição veemente às reformas impostas pela mídia, caminhando-se para um ‘direito penal mínimo’. Conforme sublinha, dentre outros, **Ferrajoli**: “*Uma nova fundação garantista do direito penal supõe hoje, antes de tudo, o encerramento do período de emergência.*”⁸⁹⁴ A tarefa está se iniciando e as resistências dos de sempre, também.

§ 13 – A Judicialização da política e a Constituição de 1988: um novo papel

1 – **Wenneck Vianna et alli**⁸⁹⁵, desde o ponto de vista *sociológico*, apresentam uma contribuição absolutamente necessária ao enfrentamento da questão do ato decisório do *um-juiz* no Brasil contemporâneo, principalmente no que concerne à terceira inferência proposta por **Ferrajoli**: *a adequação ao caso em julgamento* (Cap. 4º), por indagar de que forma suas funções normativizadoras, *a la Weber*⁸⁹⁶, articulam-se após a Constituição da República de 1988 em face das novas demandas sociais trazidas ao palco de batalhas do Poder Judiciário.

por ele sejam corrompidos; O Estado é negligente ao desconsiderar a realidade nacional e os dados científicos e estatísticas das ciências penais e sociais para elaborar uma competente Política Criminal e Penitenciária de médio e longo prazo; O Estado, em nenhuma de suas instâncias (Legislativa, Executiva ou Judiciária), pode tributar ainda mais o cidadão para confiscar-lhe, agora, não mais os valores pecuniários, porém os mais elementares direitos para uma vida digna de ser vivida. O Movimento Antiterror não defende a impunidade ou a lassidão legal; não protege e nem representa uma determinada classe ou grupo social ou econômico; não tem interesses eleitoreiros e não está ao serviço de objetivos que comprometam o conceito das pessoas físicas e jurídicas que o representam. O Movimento Antiterror pretende, com a sensibilidade e a consciência de cidadãos que há muitos anos se dedicam ao estudo dos problemas da violência e da criminalidade e também com o entusiasmo e o coração dos estudantes que sempre advogam a causa da dignidade do ser humano, proporcionar ao país e à nação um material de reflexão para a adoção de novos caminhos em favor da segurança popular e da eficiência na administração da justiça. E também para acreditar que ainda resta a esperança no fundo da Caixa de Pandora. Esperança que no dizer do Padre Antonio Vieira, é a mais doce companheira da alma."

⁸⁹³ CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. O Suplício de Tântalo: a Lei 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror. In: CARVALHO, Salo de. *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 383-386.

⁸⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 688.

⁸⁹⁵ WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *A judicialização da política*..., p. 22-23.

⁸⁹⁶ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*..., p. 117-153.

No que interessa para construção deste trabalho, cumpre se destacar que o Poder Judiciário foi mantido durante muito tempo em verdadeira *situação de estufa*⁸⁹⁷ das questões sociais, manietado que estava pelo patrulhamento totalitarista e acostumado a resolver, na forma da lei, as demandas individuais. Por fim viu-se arrostando, diante do imbricamento das tradições do ‘civil law’ e *common law*, operada pela Constituição de 1988, por novas demandas. Diante da exigência de implementação dos *Direitos Fundamentais* e, especialmente, depois dos insucessos dos planos econômicos, as contingências fizeram que “o *Judiciário se constituísse no único lugar de defesa do cidadão e das empresas.*”⁸⁹⁸

2 – A Constituição da República de 1988 instituiu um grande rol de *Direitos Fundamentais* (Cap. 3º) cuja factibilização se mostrou e se mostra complicada, mormente após o levante *neoliberal*, com a paulatina retirada do Estado de funções essenciais, mormente numa sociedade à margem do capitalismo central. Relembre-se que para o modelo *neoliberal* o Estado deve ser mínimo no social e forte na repressão. É certo que a Constituição do Brasil de 1988 é uma ‘Constituição Dirigente’, na linha do que defende **Canotilho**⁸⁹⁹, reiterada recentemente⁹⁰⁰ e, portanto, as *normas ditas programáticas são cogentes*, a se realizar, pois, no plano da praxis forense. Mesmo assim, os discursos de *normas programáticas* e de *não aplicabilidade* ganharam contornos impressionantes diante do dilema de personalidade da magistratura pós-88.

É verdade que o constituinte partiu da lógica da compensação ao elencar uma generosa declaração de *Direitos Sociais e Fundamentais*, cujo cumprimento era de difícil alcance, normalmente deixando para a legislação complementar – na maioria, não editada – a regulamentação das promessas enunciadas. **Neves** denomina essas promessas impossíveis de cumprimento de ‘*legislação álibi*’, ou seja, “o legislador, sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer a

⁸⁹⁷ WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 15.

⁸⁹⁸ WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *Corpo e alma...*, p. 12.

⁸⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente...*, p. XXX: “Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais.”

⁹⁰⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente...*

expectativa dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas."⁹⁰¹

3 – De qualquer forma, a articulação da *sociedade civil* a partir do aumento dos legitimados processualmente – substituição processual, dentre outros motivos – fez com que a efetivação desses direitos fosse exigida perante o Poder Judiciário, surgindo no Brasil a figura da '*Judicialização da política*'. Por isso, "*O protagonismo do Judiciário, assim, é menos o resultado desejado por esse Poder, e sim um efeito inesperado da transição para a democracia, sob a circunstância geral – e não apenas brasileira – de uma restauração das relações entre o Estado e a Sociedade, em consequência das grandes transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo.*"⁹⁰²

§ 14 – Judiciário e Executivo: um equilíbrio tênue

1 – A atuação do Executivo difere do (que deveria acontecer no) Judiciário, pois se dá por 'agendas econômicas' e, não raro, os juízes são taxados de insensíveis ao contexto econômico ao não aplicarem a 'razão instrumental' em suas decisões, ou seja, de manterem acesos os *Direitos Fundamentais* que, em tempos *neoliberais*, configura 'crime hediondo'. Anote-se com **Oliveira Neto** que

Além disso, e por fim, tem-se que dentro da estrutura do Estado e sob o aspecto jurisdicional, compete ao Poder Judiciário controlar a constitucionalidade dos atos dos demais, não se esquecendo que o ataque ao texto maior ocorre não só pela ação, *mas também pela falta de ação*, situação que cria o que pode ser chamado de, no mínimo, inusitado, já que obriga àqueles que tanto atacaram a atacam o 'governo de juízes', a assistir à outra face da judicialização da política: uma espécie de '*lock-out judicial*', ou seja, um ativismo que ocorre ao inverso, pela inércia, não pela ação em si.⁹⁰³

Todos esses fatores articulados culminam em demandas formuladas perante o Poder Judiciário e, por via de consequência, à judicialização da política. É bom que se diga que isso somente é possível porque apesar de alguns saudosistas autoritários, vive-se num contexto democrático e sob a égide de uma Constituição que rompeu, de certa forma, com a tradição do 'civil law'. Aqui cabe ressaltar a

⁹⁰¹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 32-34.

⁹⁰² WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *Corpo e alma...*, p. 12.

⁹⁰³ OLIVEIRA NETO. Francisco José Rodrigues de. O Poder Judiciário na concretização do Estado Democrático de Direito após 1988. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 73.

relevância argumentativa do Sistema Garantista (SG) e sua pretensão de *garantia dos princípios e regras de Direitos Fundamentais*, mesmo contra a vontade da maioria (Cap. 3º), uma vez que permitem o controle jurisdicional dos ditos ‘atos administrativos discricionários’.⁹⁰⁴

No pós-88 houve um paulatino enfraquecimento do Poder Legislativo diante dos mecanismos de criação normativos – Medidas Provisórias⁹⁰⁵ – e do controle da pauta congressista pelo Executivo conforme a orientação econômica⁹⁰⁶. Paralelamente a isso, a estrutura do modelo *neoliberal* introduzida no Brasil trouxe consigo a desestruturação do Estado em diversos setores, modificando a face intervencionista então prometida, transformando-o (sem ter sido Estado Providência), num Estado reduzido às atividades estritamente necessárias à manutenção da ordem⁹⁰⁷: educação, saúde, segurança pública e judiciário *compartilhadas*, na melhor tradição *neoliberal*, formando um paralelo com ensino privado, plano de saúde, empresas de segurança e arbitragem.

⁹⁰⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade Administrativa*. Curitiba: Juruá. 2001, p. 180-181: “Com respeito a como deva ser concebida a discricionariedade num enfoque garantista, esta deve ser observada em dois níveis diferentes dentro do ordenamento jurídico. No primeiro nível, considera-se a discricionariedade em abstrato, a qual não pode deixar de ser plenamente aceita no ordenamento. Isto porque, dentro do sistema normativo, a lei em tese faculta muitas vezes ao agente público a adoção de medidas em uma ou outra direção, ou de uma ou de outra forma, transferindo-lhe a competência para interpretar o sentido da lei que ordena a adoção da providência de me extrativa mais adequada ao interesse social conforme a situação apresentada. Justifica-se tal âmbito de discricionariedade, em função de que se encontra superado o antigo modelo burocrático-administrativo descrito por Weber, no qual o agente público era concebido como simples autômato, executor de regulamentos detalhistas e precisos, caracterizando a função administrativa como simples execução direta da lei. (...) Agora, considerando um segundo nível da discricionariedade, ou seja, no campo de aplicação concreta, entende-se que, implementada medida, caso a destinatário alegue lesão a direitos, o ato administrativo será levado à via judicial devendo ser aqui amplamente analisada pelo julgador. Portanto, o juiz não somente pode como deve apreciar – não se confunda com a substituição de decisões – na sua inteireza, quaisquer atos oriundos do poder público, tendo como parâmetros as garantias constitucionais e os direitos fundamentais cuja diretriz política estará referida à primazia do administrado frente à administração. (...) Portanto, sob o parâmetro garantista de validade, deverão ser observados todos os aspectos substanciais das medidas do poder público, discricionários ou não, em consonância com os direitos fundamentais do ponto de vista axiológico.”

⁹⁰⁵ PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras – teoria e prática. In: WERNNECK VIANNA, Luiz. *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 141-194.

⁹⁰⁶ WERNNECK VIANNA, Luiz. *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 8-9: “Tal déficit se faria indicar pela predominância do Executivo sobre o Legislativo, evidenciada pela prática abusiva da edição de Medidas Provisórias, principalmente em matérias que não satisfazem a cláusula de reserva de emergência prevista na Constituição, importando em um processo de decisões que se vem subtraindo à formação da opinião tanto no âmbito parlamentar quanto no da sociedade civil nas questões estratégicas para os rumos da sociedade. (...) A partir dessa delegação de vontade por parte do soberano, tem-se gerado um circuito vicioso que vai das relações entre o vértice do Executivo com as bases locais, mediadas pelas clientelas jurisdicionadas pelos parlamentares com acesso aos recursos do poder político, à política assistencialista com que o governo tem buscado se legitimar.”

⁹⁰⁷ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade...*, p. 175-181.

2 – Na linha da desestruturação – somente para não deixar de mencionar –, a criação das ‘Agências Reguladoras’ se insere nesse movimento de retirada do Poder Judiciário de muitas das questões de cidadania por estipular a resolução administrativa dos conflitos⁹⁰⁸. **Barbosa Gomes**⁹⁰⁹, em artigo esclarecedor, remonta os modelos americano, francês e brasileiro, a partir da clássica separação de poderes, bem assim da modificação havida em relação ao modelo de Estado e suas funções, mormente com a superação dos baluartes do liberalismo clássico e o surgimento do Estado Social. Diante da complexidade e velocidade exigidas pelo ‘Mercado’ contemporâneo, surge a necessidade de se manter os serviços cuja intervenção estatal se justifica de forma mais *eficiente*, dando azo ao surgimento de instituições mais flexíveis do que órgãos estatais *stricto sensu*, advindo daí as *Agências Reguladoras*. Em face disso, novas indagações são trazidas e precisam de um equacionamento jurídico-constitucional. No Brasil, **Barbosa Gomes** afirma que a legislação editada já nasce com “*a marca de um inequívoco deficit democrático*” pela nítida preponderância do Poder Executivo em suas emanções normativas, podendo se converterem, caso não haja resistência, numa *‘ditadura de uma elite técnica’*.

§ 15 – Judiciário: entre substancialistas e procedimentalistas

1 – Para o enfrentamento desta tensão entre Poder Judiciário de um lado e Executivo coadjuvado pelo Legislativo de outro, tendo por objeto a agenda *neoliberal* e os *Direitos Fundamentais*, **Wernneck Vianna** propõe a divisão da postura de análise em dois eixos: *substancialistas (Cappelletti-Dworkin)* x *procedimentalistas (Habermas-Garapon)*. Em linhas gerais, os *substancialistas* defendem a concretização dos *Direitos Fundamentais* constituídos e compartilhados pelos cidadãos na via do Poder Judiciário, enquanto os *procedimentalistas* propugnam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular⁹¹⁰. De qualquer maneira o importante é que, a despeito das divergências, tal qual **Dussel**⁹¹¹, ambos apontam o

⁹⁰⁸ BOSCHI, Renato R.; LIMA, Maria Regina Soares de. O Executivo e a construção do Estado no Brasil: do desmonte da Era Vargas ao intervencionismo regulatório. In: WERNNECK VIANNA, Luiz. *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 195-253.

⁹⁰⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia: uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto027.doc>. Acesso em: 31 out. 2003.

⁹¹⁰ WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *A judicialização da política...*, p. 22-37.

⁹¹¹ DUSSEL, Enrique. *Hacia una Filosofía Política Crítica...*, p. 157.

Poder Judiciário como “*instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo checks and balances e a garantia da autonomia individual e cidadã.*”⁹¹²

2 – A tomada de posição pessoal – do jurista, do julgador – diante desses dois eixos modifica significativamente a maneira pela qual o magistrado se coloca diante dos pleitos formulados⁹¹³, sendo condição prévia de qualquer discussão democrática⁹¹⁴. É que, conforme **Rocha**, “*a significação plena da norma jurídica apenas é obtida no contexto das relações de forças das decisões jurisdicionais. Cada decisão é fundamentalmente política.*”⁹¹⁵ Subscrevendo, então, uma postura *substancialista*, pode-se dizer com **Werneck Vianna et alli** que:

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico ‘sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária’, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas – e, um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. Tal contexto institucional, dominante, em maior ou em menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da

⁹¹² WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *A judicialização da política...*, p. 24.

⁹¹³ ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 257-258: “O momento da consolidação da democracia política no Brasil é a hora da convocação do Poder Judiciário a um ativo protagonismo institucional, não apenas porque a ele cabe a preservação do cânon republicano do equilíbrio entre os poderes, mas também porque a própria sociedade, ao realizar um movimento afirmativo de explicitação de interesses e de demanda por cidadania, vem conhecendo o caminho dos tribunais.”

⁹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Intervenção*. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 80-81.; “Com efeito, muito embora procedimentalistas e substancialistas reconheçam no Poder Judiciário (e, em especial, na justiça constitucional) uma função estratégica nas Constituições do segundo pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas, Garapon e John Ely, apresenta consideráveis divergências com a corrente substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, Ackerman, Tribe, Perry, Wellington, e, em alguma medida por Dworkin, pelo menos na leitura que dele faz Robert Alexy, e no Brasil por juristas como Paulo Bonavides, Bandeira de Mello, entre outros. Para mim – e por isto sou substancialista – as teses procedimentalistas afastam o caráter dirigente-compromissário da Constituição (veja-se as críticas de Habermas e Ely à legitimidade das decisões intervencionistas dos Tribunais Constitucionais; já Garapon vai dizer que a invasão da sociedade pelo Judiciário serve para o enfraquecimento da democracia representativa). Por tudo isto, acredito que temos que refletir acerca das tensões que exsurtem do embate entre procedimentalismo e substancialismo e que consequência isto terá na sobrevivência da idéia de Constituição Dirigente.”

⁹¹⁵ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia...*, p. 54.

intelligentzia: os magistrados e os membros do Ministério Público. “Guardiães das promessas’, na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito.⁹¹⁶

§ 16 – O Juiz brasileiro e a Ideologia

1 – Essa intimação, via novas demandas, efetuada aos membros do Poder Judiciário inseridos em uma sociedade complexa, fez com que **Werneck Vianna et alli** se debruçassem sobre a ‘figura do juiz’. Sem cair em universalizações descabidas de sentido, até porque o sujeito um-juiz é *singular* – já deixou evidenciada a *psicanálise* há muito (Cap. 1º) –, possível, como que se aproximando pelas beiradas desnudadas pela *sociologia*, verificar que a ‘Instituição jurídica’ se viu arrostada com esse novo papel social para o qual não estava acostumada⁹¹⁷, mas que, da tomada de posição pessoal, depende o êxito da agenda de reconstrução da *democracia e cidadania* no país.

Como bem destaca **Werneck Vianna**⁹¹⁸ uma série de fatores necessitavam ser perscrutados perante a magistratura concreta com o fim de se indagar qual o perfil do magistrado e até que ponto havia, de fato, a democratização da prática judicante. É preciso se indagar ‘para que’ e ‘a quem’ o Poder Judiciário está servindo. Diferentemente dos *militares* e *embaixadores*, sob os quais a ‘Instituição’ procede a uma contínua e reiterada domesticação e homogeneização *ideológica*, munida, ademais, de mecanismo aptos à exclusão do pensamento dissonante, na magistratura, por sua organização e história, essa possibilidade de uniformização resta presente (Cap. 4º), mas um tanto quanto difusa.

2 – Necessário, pois, um resgate sobre a formação da ‘carreira da magistratura’ que sempre se deu ‘à serviço’ do poder central, das elites dominantes⁹¹⁹. Não constituindo este fato novidade, é cabível invocar o que **Maris** pensa dos economistas: “*Vocês não envergonham de ser os ventríloquos do poder?*”

⁹¹⁶ WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *A judicialização da política...*, p. 22-23.

⁹¹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico...*, p. 89: “Trata-se de uma instância de decisão não só submissa e dependente da estrutura de poder dominante, como, sobretudo, de um órgão burocrático do Estado, desatualizado e inerte, de perfil fortemente conservador.”

⁹¹⁸ WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *A judicialização da política...*, p. 07-20.

⁹¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 173-180.

*A voz do dono?*⁹²⁰ Todavia, diante dos mecanismos de controle impostos principalmente pelo regime militar e após pelo processo de redemocratização, houve uma significativa modificação desse perfil, não mais formado por profissionais ‘elitistas’, passando a ser aceito um certo pluralismo *ideológico* no seio do Poder Judiciário que, assim, passa a *incomodar* as *élites* quando é instigado via demandas judiciais.

Apesar das marchas e contra-marchas, é paradigmática a ausência de sintonia dessas demandas e do novo papel apontado pela Carta de 1988 com a postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Após a Constituição da República de 1988, especialmente no tocante ao ‘mandado de injunção’, ‘ação direta de inconstitucionalidade por omissão’ e manutenção dos argumentos sobre a separação rígida de Poderes, manteve-se o Poder Judiciário como uma atividade complementar, na linha do que se vinha fazendo antes da Constituição da República de 1988⁹²¹. Por outras palavras, embora a mudança de uma ordem constitucional, no plano decisório, todavia, diante da rígida compreensão Republicana de separação de poderes e vontade da maioria, pouca coisa mudou. Afinal de contas, o Supremo Tribunal Federal formado à época, pelos herdeiros do *ancién regime*, por certo, não quis assumir seu papel democrático⁹²². A sorte é que os homens se aposentam e o pensamento se (espera) modifica, sendo absolutamente necessário se discutir seriamente os critério de escolha⁹²³ dos ocupantes dos cargos de Ministros do Supremo Tribunal Federal⁹²⁴. Por enquanto, desalento.

§ 17 – Neutralidade: o juiz PH 7 e a assunção ideológica: uma necessidade

⁹²⁰ MARIS, Bernard. *Carta aberta aos gurus da economia que nos julgam imbecis...*, p. 16.

⁹²¹ CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo...*, p. 26.

⁹²² LIMA, Francisco Gerson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira: estudo de casos – abordagem interdisciplinar*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 353-358.

⁹²³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel da jurisdição constitucional..., p. 50-52.

⁹²⁴ WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *Corpo e alma...*, p. 45-46: “Sintomaticamente, na indicação presidencial dos ministros do STF, os quais exercem, constitucionalmente, funções estratégicas no sistema político, como que se institucionalizou uma espécie de silêncio obsequioso nessa matéria, sendo da tradição do Senado, diante de uma omissão generalizada por parte da sociedade civil, referendar burocraticamente o nome apontado por vontade presidencial. Nos EUA, de onde veio essa inspiração institucional de associar o ambiente político ao processo de composição dos ministros da Corte Suprema, é intenso o debate público por ocasião da indicação dos seus membros, sendo freqüente a recusa pelo Senado dos nomes propostos pelo Presidente da República, ou, ainda, diante do clamor público e da oposição política, a retirada da indicação.”

“Abomino os papa-hóstias do Estado, que deglutem pacotes da prepotência, como se fosse o corpo da Justiça, ministrado por um sacerdote do Direito.” Roberto Lyra Filho

1 – Partindo da premissa de que o ‘mito da neutralidade’ do julgador é mais objeto de ‘museu jurídico’ do que de discussão séria, mas considerando que ainda navega no *(in)consciente* social e jurídico – já que na pesquisa efetuada 17% dos magistrados brasileiros acreditam ser ‘neutros’⁹²⁵ –, não se pode deixar *a latere* tal questão, sem precisar, entretanto, retomar as razões já expostas, eis que a ‘ilusão’ da *neutralidade* – PH 7 – do julgador está plenamente superada, pois diz **Cappelletti**: *“el procesalista há tomado conciencia del hecho de que ninguna técnica jurídica es un fin en sí mismo y que ninguna es neutral desde el punto de vista ideológico.”*⁹²⁶ Sem *neutralidade*, pode-se afirmar, de um lado, que não existe mais o sujeito único, pasteurizado de valores, e, de outro, que este espaço não pode ficar vazio, inserindo-se a assunção *ideológica* (**Miranda Coutinho**). Por isso se justifica adentrar um pouco mais na ‘Judicialização da Política’, eis que o Processo Penal não está alienado, apartado desse contexto, mormente se aceita a existência de uma ‘Constituição Penal Dirigente’, como defende **Carvalho**⁹²⁷. Aliás, tal discussão encontra-se no seio de qualquer reflexão democrática atual, salvo para os *nefelibatas*, diria **Lyra Filho**.

Paralelamente a isto, o ‘baixo clero’ da magistratura, principalmente os de primeiro grau, formado por juízes que não têm vergonha de se assumir ideologicamente e rejeitam a ‘pasteurização de valores’ – diferentemente dos ‘juristas de ofício’ –, começou e continua a *incomodar*, sendo emblemático o ‘Movimento do Direito Alternativo’⁹²⁸. É que pela maneira de recrutamento – concurso público – e ausência de policiamento ideológico ostensivo, situando-se

⁹²⁵ WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *Corpo e alma...*, p. 258-259: “Contrariando a postulação de senso comum e a opinião de abalizados observadores do mundo jurídico brasileiro, 83% dos juízes assinalaram que ‘o Poder Judiciário não é neutro’ e que ‘em suas decisões, o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social.”

⁹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Trad. Santiago Sentís e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 83.

⁹²⁷ CARVALHO, Salo de. *Intervenção*. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 71.

⁹²⁸ GOMEZ, Diego J. Duquelsky, *Entre a Lei e o Direito*: Uma contribuição à teoria do Direito Alternativo. Trad. Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001; ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

mais no plano difuso, “a corporação se apresenta recortada pluralisticamente.”⁹²⁹ Até quando? Não se sabe!

2 – De qualquer forma, independentemente da forma de recrutamento⁹³⁰, as demandas originariamente não dirigidas ao Judiciário de tradição ‘*civi law*’ serão detonadas, sendo absolutamente necessária para uma atuação democrática a alteração de postura em relação à ‘neutralidade’ e a ‘judicialização da política’. Os ventos do *common law* abrandam a rígida separação de poderes com o acolhimento em larga escala do sistema de ‘*checks and balances*’, de onde se espera um juiz mais politizado, guardião dos *Direitos Fundamentais* e não um simples operador da *certeza jurídica mecanicista*, alienada. Fruto desse dilema de personalidade por não se estar mais cercado pelos limites do ‘civil law’, nem totalmente inserido no ‘*common law*’, no plano hermenêutico os argumentos de princípio e de efetivação ganham relevância, inserindo-se, nesta via, o Sistema Garantista (SG).

A reação das ‘elites’, entretanto, é imediata – composta inclusive por certa casta da magistratura, habilmente cooptada pelos ‘jardins’ das elites (**Gramsci**)⁹³¹ –, no sentido de se impor, dentre outros mecanismos, súmula vinculante e restrição à defesa e ao acesso à justiça⁹³². Por básico, a função democrática do magistrado precisa de controles. Todavia, sua construção precisa ser democrática e não simplesmente seguindo os caminhos indicados por interesses alienígenas, como se verifica no ‘Documento 319’ do BID, inconfessáveis, de resto.

3 – Apesar disso tudo, o cotejo dos ‘Manuais’ autorizados pelo *senso comum teórico* – pré e pós-Constituição da República de 1988 – deixa evidenciada a marca de que em matéria Processual Penal, conquanto se apregoe mudanças significativas, no plano da *praxis*, pouca coisa mudou, não se verificando ainda os

⁹²⁹ WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *Corpo e alma...*, p. 14.

⁹³⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 19-236.

⁹³¹ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Gramsci e o direito: reflexões sobre novas juridicidades. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; BORGES FILHO, Nilson. *Gramsci: Estado, Direito e Sociedade: ensaios sobre a atualidade da filosofia da praxis*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995, p. 27-42.

⁹³² WERNNECK VIANNA, Luiz; *et alli*. *Corpo e alma...*, p. 47: “O protagonismo do vértice, especialmente no eventual contexto de uma reforma constitucional que conceda efeitos vinculantes às súmulas dos tribunais superiores, implicaria converter, na prática, a magistratura em uma vasta burocracia, disseminada capilarmente em todo o tecido social, sob o seu comando centralizado. No caso de se afirmar uma tendência deste tipo, o tema moderno da desneutralização do Poder Judiciário bem que poderia produzir o resultado perverso de estimular o retorno das marcas anacrônicas do iberismo ilustrado brasileiro, em que uma elite, ao se investir do papel de intérprete privilegiado da reta razão, reclama obediência da sociedade em nome dos seus ditames superiores.”

efeitos da ‘Judicialização da Política’, salvo algumas honrosas exceções⁹³³. Basta que se perceba, por exemplo, que decorridos mais de três lustros, os direitos e garantias previstos na Constituição da República, dentre eles o da produção de provas em contraditório (Cap. 7º), ainda convive com a pseudo-prova do Inquérito Policial que se esgueira matreiramente no meio do discurso técnico, mantendo-se a pose democrática dos atores jurídicos. Isso sem falar nas prisões cautelares, aplicação da pena e outras situações flagrantemente inconstitucionais (Cap. 8º), mas mantidas pelo recurso à lei processual que analisada isoladamente confere, por sublimação, o conforto retirado pela Constituição, mormente no que se refere ao *Sistema Inquisitório* ainda mantido contra a Constituição da República no dia-a-dia forense.

Exemplificando a situação, invocável a inconstitucionalidade tanto de origem como de conteúdo da ‘prisão temporária’ regulada pela Lei nº 7.960/89. É que sua origem advém da conversão da Medida Provisória nº 111/89 em lei, e num Estado (que se diz) Democrático de Direito, descabe ao Poder Executivo se arvorar em legislador penal. Todavia, o Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar nº 162, julg. 14.12.89) analisando a questão, entendeu que a prisão não era obrigatória, devendo, de qualquer sorte, ser fundamentada. Nem mesmo durante o período de Regime Militar tamanha petulância ocorreu, uma vez que o Decreto-Lei não podia suplantiar a competência legislativa originária. Contudo, no Brasil dos *Fernando(s) Rei(s)* isso ocorre(u) de forma *antidemocrática*. **Choukr** afirma com razão:

No julgamento anunciado, a Corte Suprema tangenciou os temas fundamentais da matéria, e corroborou uma vez mais a inequívoca vocação legislativa do Poder Executivo, desta vez acobertando-a com o manto da não obrigatoriedade da aplicação da medida pelo magistrado no caso concreto, que apenas tomaria a medida com a devida fundamentação. Verdadeiramente não é este o ponto central do descumprimento da cláusula constitucional que determina ser a medida provisória empregada apenas em casos de extrema urgência e relevância.⁹³⁴

Nem se diga que pela *catarse da conversão* em lei estaria legitimada a Medida Provisória. O processo legislativo está viciado em sua origem. Por isto remanesce a irresignação. Destaque-se que a hipótese é diversa da tratada por

⁹³³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do Processo Penal..., p. 32.

⁹³⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal à luz da Constituição*. São Paulo: Edipro, 1999, p. 87.

Carvalho Netto⁹³⁵, relativa à sanção do vício de origem pela sanção, porque naquele caso inverteram-se os fundamentos do processo legislativo, açodado por interesses midiáticos e sem a necessária e ampla discussão do tema, reservados, à evidência, ao Legislativo.

4 – Essas considerações foram necessárias para demonstrar que a postura adotada pelo julgador diante de sua visão de atuação do Poder Judiciário – *Substancialista* ou *Procedimentalista* – implica significativa modificação nas condicionantes da decisão final⁹³⁶, especialmente se adotada a epistemologia garantista, isto é, no momento da *terceira inferência*, naquilo que **Ferrajoli** chamou de ‘juízo de equidade’ (Cap. 4º). Com efeito, é nesse momento de silogismo prático, voltado para o mundo da vida, que se adotada uma postura *substancialista*, possível invocar a ‘Constituição Penal Dirigente’ e proceder tanto à efetivação das ‘garantias penais’ como ‘garantias processuais’ com maior desenvoltura. Apenas para exemplificar, tal opção se manifesta de forma evidente quando da análise da ‘insignificância’⁹³⁷, da prisão cautelar, da criminalização do ‘Movimento Sem Terra’ – MST⁹³⁸ e da aplicação da pena (Cap. 8º).

5 – Uma última advertência se faz necessária. A proposta de *assunção ideológica* não se caracteriza pelo resgate de uma ‘jurisprudência de valores’⁹³⁹, mediante a concepção de ‘valores’ constitucionais capazes de levar ao ‘Justo’, até porque o critério de Justiça para o garantismo é externo (Cap. 3º). A leitura atenta da construção até aqui implementada por certo deixou evidente que a discussão

⁹³⁵ CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo...*, p. 21-23.

⁹³⁶ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal...*, p. 263-265.

⁹³⁷ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito penal diferenciado...*, p. 76: “Para a hermenêutica penal tradicional, se uma madame for flagrada na alfândega de um aeroporto, descaminhando ou contrabandeando até dois mil e duzentos e cinquenta reais de perfumes franceses, ela não cometeu qualquer delito. Mas se a madame chegar a sua casa e sua empregada doméstica lhe furtar R\$ 50,50, então esta será processada penalmente e estará sujeita a uma pena de 1 a 4 anos de reclusão. Qual das duas ações possui maior potencial ofensivo à sociedade? A resposta dependerá da classe social de quem responder.”

⁹³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 23-52; LIMA, Miguel M. Alves. Reflexões sobre o tema ‘Violência e Justiça Criminal’. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 57-84.

⁹³⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 128-129: “Assim, toda prática decisória que viesse a legitimar um interesse (individual ou de grupo), em lugar de outros, passaria necessariamente por um processo de valorização. E aí, esbarramos com o grande desafio científico de se sustentar, com um mínimo de objetividade, esse tipo de decisão: abre-se a questão de sabermos se o que é *valioso* é suscetível de reconhecimento racional. (...) A partir daí, verifica-se uma inclinação pela valorização da conduta ética e, em consequência, o compromisso das decisões jurídicas com o ‘justo’.”

intersubjetiva da validade pressupõe um critério material de *'verdade dusseniana'* (Cap. 2º). O movimento de 'judicialização da política', então, "*pode ser desvinculado das concepções valorativas de uma comunidade ética para referir-se ao processo por meio do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição. Esse é certamente o caso brasileiro.*"⁹⁴⁰ A crítica, pois, de ressurgimento da 'jurisprudência de valores', na proposta, perde sentido. Igualmente a crítica ao modelo de ponderação de **Alexy** deixa de ser procedente, uma vez que o preenchimento do 'princípio' não se dá de forma 'valorativa', mas 'normativa', sujeita, de qualquer forma, ao processo intersubjetivo de atribuição de sentido, norteado pelo *critério material* de **Dussel** (Caps. 7º, 8º e 9º).

⁹⁴⁰ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política..., p. 39.

Capítulo 7º – O Processo como Procedimento em Contraditório e a função do Juiz no Processo Penal: aportes psicanalíticos

§ 1º – Situando o Processo: pincelando Jurisdição e Ação

“Se o Juiz só é possível em causa alheia, aí se demonstra a operação do significante, uma operação da palavra. Substituindo, metaforiza.” **Cyro Marcos da Silva**

1 – Feitas as considerações iniciais, é possível adentrar no *Processo*, não se perdendo de vista que as discussões sobre *Jurisdição* e *Ação* – formadores da tríade –, também se mostram relevantes, sem que se constituam, todavia, o objeto deste trabalho⁹⁴¹. É que as discussões sobre o conceito de *Jurisdição* são ainda vivos⁹⁴². **Roman Borges** faz o histórico das querelas envolvendo o conceito, acordando com **Chiovenda** que a *Jurisdição* “é o poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma vinculante e cogente”⁹⁴³, materializada pela *coisa julgada*⁹⁴⁴. O desenlace desse *poder*, ou melhor, sua constituição, já foi alinhavado na formação do *Simbólico*, no discurso do *Outro* (Cap. 1º). Cumpre, assim, fixar que a *Jurisdição* está ligada indissocialmente ao *poder*⁹⁴⁵.

2 – De qualquer forma, na perspectiva de se construir a *alteridade* (Cap. 2º), a *Jurisdição* precisa se aproximar de **La Boétie** e sua proposta de *amizade*. Lido a partir da *psicanálise* (Cap. 1º), o submetimento à *Jurisdição* decorre do desejo de onipotência, de tirania, que aviva em cada indivíduo:

Os audaciosos, para adquirir o bem que desejam, não temem o perigo; os prudentes não recusam o sacrifício; os covardes e entorpecidos não sabem nem suportar o mal, nem recobrar o bem: limitam-se a desejá-lo e a virtude de pretendê-lo lhes é tirada pela covardia; o desejo de obtê-lo lhes é de natureza.

⁹⁴¹ FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: Dall'azione al proceso (1864-1994). In: Rivista di Diritto processuale. Padova: Cedam, 1994, v. XLIX, n. 4, (II série), p. 911-915.

⁹⁴² TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 20; MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 19-87. FAZZALARI, Elio. Il cammino della sentenza e della cosa giudicata. In: Rivista di Diritto processuale. Padova: Cedam, 1988, v. XLIII, n. 5, (II série), p. 589-597.

⁹⁴³ ROMAN BORGES, Clara Maria. *Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie*. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 73-108, p. 73-108.

⁹⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

⁹⁴⁵ BINDER, Alberto M. *Introducción ao Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 17-32.

Este desejo, esta vontade é comum aos sensatos e aos irrefletidos, aos corajosos e aos covardes, de querer todas as coisas que, uma vez adquiridas, os tornariam felizes e contentes.⁹⁴⁶

Roman Borges sustenta que se *"pode concluir com La Boétie que o poder de um só sobre os outros foi dado ao tirano por nosso desejo de sermos tiranos também. Além disso, o autor acrescenta que esse desejo de ser tirano vem do desejo de ser proprietário, de ter bens e riquezas e, portanto, do desprezo que temos pela liberdade."*⁹⁴⁷ Então, o argumento de **La Boétie** de que não existe fundamento em se submeter incondicionalmente a um senhor, sem garantias de que será bom ou mau⁹⁴⁸, por não possuir limites, pode ser explicado. Não se trata de encantamento ou de feitiço, mas de desejo de ser igual (onipotente), esperando que, no futuro, detenha-se (todo) o poder⁹⁴⁹.

Sua perplexidade diante da 'servidão voluntária', naturalizada – introjetada – e perseguida pela população, na lógica do poder e do senhor, impõe uma postura diversa frente ao poder da opressão, rompendo com a base de servidão⁹⁵⁰, ou seja: *"Nos reconheçamos uns aos outros como companheiros, ou antes, como irmãos. (...) Para que cada qual pudesse mirar-se e como que reconhecer-se um no outro."*⁹⁵¹

Miranda Coutinho lembra que: *"Etienne de La Boétie tinha razão: obedecemos a vontade de um porque queremos ser que nem ele, ou seja, tiranos. Rei morto, rei posto: e viva o Rei! Bastaria, contudo, diz o próprio La Boétie, não dar*

⁹⁴⁶ LA BOÉTIE, Étienne de. Discurso sobre a servidão voluntária..., p. 29.

⁹⁴⁷ ROMAN BORGES, Clara Maria. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie..., p. 101.

⁹⁴⁸ LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária...*, p. 25: "Mas falando em sã consciência, é extrema infelicidade estar sujeito a um senhor, do qual jamais se sabe se pode assegurar se é bom, pois está sempre em seu poder ser mau, quando o quiser."

⁹⁴⁹ LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária...*, p. 26: "Mas é de lamentar a servidão, ou então, não se surpreender, nem se lamentar, mas suportar o mal pacientemente e esperar melhor sorte no futuro."

⁹⁵⁰ LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária...*, p. 30: "Semeais vossos frutos, para que deles faça estrago; mobiliais e supris vossas casas, para fornecer-lhe as pilhagens; alimentais vossas filhas, para que ele tenha com que saciar sua luxúria; alimentais vossas crianças, para que façam o melhor que souberem fazer, que é levá-las às guerras, que as conduza à carnificina, que as faça ministros de sua cobiça e executoras de suas vinganças; sacrificais vossas pessoas, para que ele possa desfrutar de suas delícias e chafurdar nos prazeres sujos e vis; enfraqueceis-vos, para torná-lo mais forte e rígido ao encurtar-vos as rédeas; e tantas indignidades, que os próprios animais ou não as sentiriam ou não as suportariam, podeis livrar-vos, se o tentardes, não de livrar-vos, mas apenas de desejar fazê-lo. Sede resolutos em não servir mais e eis-vos livres. Não quero que o empurreis ou abaleis, mas apenas que não o sustentéis mais e o vereis, qual grande colosso a quem se tirou a base, desfazer-se debaixo do próprio peso e romper-se."

⁹⁵¹ LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária...*, p. 31.

*o que ele quer para a casa vir abaixo, ou seja, não dar a elle nossa razão (que é só imagens) e nossa liberdade, isto é, nosso desejo de posse e poder.*⁹⁵²

A partir deste reconhecimento entre iguais, a ‘servidão voluntária’ deixaria de ter fundamento, já que ela foi construída. Ao invés de ser naturalizada⁹⁵³, deve-se resgatar o fundamento de liberdade e a obrigação de a defender, precisando-se, de qualquer maneira, desalienar os sujeitos, porque “*do gosto da liberdade, de como é doce, nada sabes.*”⁹⁵⁴ **Roman Borges** conclui: “*Com isso, La Boétie quis dizer que a única forma de se derrubar a tirania é não consentir com a servidão, não dar o tirano mais do que lhe é devido.*”⁹⁵⁵ Este conteúdo da *Jurisdição com amizade (La Boétie)*, portanto, se constitui como condição de possibilidade da instrumentalização da ‘Ética da Libertação’ (**Dussel**) no âmbito do Processo Penal.

3 – Por outra parte, não é possível, aqui, também, retomar o questionamento sobre a *ação*⁹⁵⁶, bem como impossível se adentrar no exame de sua autonomia em face do direito (dito) objetivo, reconhecendo-se, contudo, sua densidade⁹⁵⁷. Por isso se avança, de logo, no *Processo*, cuja função será o acerto do ‘caso penal’, ou seja, diz **Miranda Coutinho**: “*Cometido o crime, a sanção só será executada a partir da decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição de um fato pretérito, o crime, na medida de uma verdade processualmente válida.*”⁹⁵⁸

Apesar de o Processo Penal brasileiro ainda trabalhar, na sua visão hegemônica, sob a denominação de *processo* como algo mais que *procedimento*, grosso modo, *a maneira pela qual o processo caminha*, na linha do legado de **Liebman**, este escrito desloca a compreensão para a proposta de **Fazzalari** e, ao depois, conjuga, em certa medida, a teoria do discurso de **Habermas** para, então, situando o local democrático do juiz no Processo Penal, *eminentemente acusatório* (Cap. 4º).

⁹⁵² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Ensino do Direito na UFPR: Voto à Esperança. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre, n. 36, p. 137-145, 2001, p. 143.

⁹⁵³ LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária...*, p. 37: “Digamos, portanto, que ao homem todas as coisas parecem naturais, nas quais é criado e nas quais se habitua, mas isso só o torna ingênuo, naquilo que a natureza simples inalterada o chama; assim, a primeira razão da servidão voluntária é o costume.”

⁹⁵⁴ LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária...*, p. 36.

⁹⁵⁵ ROMAN BORGES, Clara Maria. *Jurisdição e amizade...*, p. 102.

⁹⁵⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal...*, p. 57-156.

⁹⁵⁷ CAMARGO, Acir Bueno de. Windscheid e o rompimento com a fórmula de Celso. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 111-144.

⁹⁵⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 137.

4 – Com efeito, a concepção de *processo* manejada pelo *senso comum teórico dos juristas* é a de entender o *processo* como um conjunto de atos preordenados a um fim, ou seja, a atividade exercida pelo juiz no exercício da *Jurisdição*, sendo o *procedimento* seu aspecto puramente formal, o *rito* a ser impresso:

O processo é uma sequência de atos, agrupados de forma orgânica e teleológica, utilizada pelo órgão jurisdicional para o julgamento da pretensão do autor ou de sua admissibilidade. Já o procedimento tem uma noção meramente formal, nada mais sendo do que a direção que os atos processuais tomam, ou seja, o rito a ser imprimido aos atos do processo. Em outras palavras, procedimento é uma coordenação sucessiva de atos que exteriorizam o processo.⁹⁵⁹

O processo acaba se burocratizando em formas, modelos e ritos, muitas vezes tido como acessório do Direito Penal, redundando em flagrantes equívocos. Dizer que o Processo Penal possui um papel acessório, de fazer acontecer a lei penal, na lição de **Binder**⁹⁶⁰, é insuficiente e superficial, dado que o que se denomina de Direito Penal possui reflexos inexoráveis na compreensão da norma processual, não se podendo falar em plena autonomia, havendo, ao contrário, uma '*estrecha relación*' entre Direito Penal e Processual Penal. A política criminal⁹⁶¹ apresenta-se, também, como fator necessário à interpretação das normas processuais, uma vez que sempre é de um 'ser-aí', inserido no mundo da vida. Apesar de o conhecimento das formas processuais ser importante, o isolamento formal faz desaparecer a estrutura democrática – eminentemente acusatória – do Processo Penal, consoante afirma **Binder**: "*No es nuestra intención afirmar que esse conocimiento carece de toda importancia. Lo que si queremos destacar es que esse conocimiento no garantiza por sí mismo el auténtico conocimiento del proceso*

⁹⁵⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*..., p. 27. No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*..., p. 479; VILAS BOAS, Marco Antonio. *Processo Penal Completo*..., p. 401; VENTURA, Roberto Leite. *Direito Processual Penal Resumido*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1974, p. 187; ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 223; PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 144.

⁹⁶⁰ BINDER, Alberto M. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*..., p. 11.

⁹⁶¹ BINDER, Alberto M. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*..., p. 26: "Sin embargo, algunas de las decisiones fundamentales – como el respeto a la dignidad humana, la transformación de la sociedad, la preservación de la verdadera igualdad y de la justicia social, etc. – están implícitas en el texto. Empero, es importante que el estudioso inicie un camino de reflexión y crítica personal, orientado a un modelo propio de Política Criminal, que lo tenga siempre presente y que aprenda a luchar por él."

*penal, ni – mucho menos – del Derecho Procesal Penal.*⁹⁶² É preciso mais, invertendo-se, por primeiro, a própria compreensão de processo.

§ 2º – Processo como Procedimento em contraditório

1 – Entretanto, essa visão demonstra o desconhecimento da atual compreensão de *processo*, já apontada por **Cordero**⁹⁶³, dado que o *processo* na contemporânea configuração da *relação jurídica*, segundo **Fazzalari**⁹⁶⁴, é o *procedimento em contraditório*. Até porque existem outros processos, como o tributário, administrativo, nem sempre em contraditório. O *contraditório* é, pois, a característica que diferencia o *processo* do *procedimento*⁹⁶⁵.

2 – Com efeito, a legitimidade na imposição de atos cogentes, decorrentes do poder de império, com conseqüências no âmbito dos jurisdicionados e, no caso do Processo Penal, dos acusados, precisa atender aos *princípios* e *regras* previstos no ordenamento jurídico de forma taxativa. As *regras do jogo* democrático devem ser garantidas de maneira *crítica*⁹⁶⁶ e *constitucionalizada*, até porque com ‘*Direito Fundamental*’ (e as normas processuais o são), não se transige, não se negocia, defende-se, deixou assentado **Ferrajoli** (Cap. 3º). Dito de outra forma, as *regras do jogo* devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de *validade Garantista* (Cap. 3º), não se podendo aplicar cegamente as normas do Código de Processo Penal, sem que se proceda antes e necessariamente, uma *oxigenação constitucional*⁹⁶⁷.

Neste caminhar procedimental, preparatório ao ato de império, a existência efetiva de *contraditório* consiste em sua característica fundamental⁹⁶⁸. Assim é que a

⁹⁶² BINDER, Alberto M. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio...*, p. 31.

⁹⁶³ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*, v. 1..., p. 328-337.

⁹⁶⁴ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1994, p. 85-86.

⁹⁶⁵ Neste sentido: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 102-132; CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional...*; LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões...*, p. 83-87; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual...*,

⁹⁶⁶ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal...*, p. 6-9: “A crítica honesta, sabem todos por ser primário, só pode ser reconhecida quando partida de alguém que está inserido no contexto. Daí a necessidade de verificar o papel do juiz no processo penal dentro da doutrina clássica.”

⁹⁶⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *O que é garantismo jurídico...*; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995; SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

⁹⁶⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 115: “Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na ‘simétrica paridade’ da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.”

teoria do processo precisa ser revista, a partir do *contraditório*, implicando na modificação da compreensão de diversos institutos processuais vigorantes na prática processual brasileira.

3 – Em relação ao *direito subjetivo*, **Fazzalari** propõe que este seja entendido a partir da relação entre o *sujeito* e o *objeto* do comportamento indicado pela *norma* jurídica, o qual o coloca numa posição de *vantagem* pelo exercício de uma *faculdade* ou de um *poder*⁹⁶⁹. Não se trata mais de um poder sobre a conduta da parte adversa ou mesmo de prestação, senão sobre os efeitos processuais da norma⁹⁷⁰.

Os atos processuais lícitos⁹⁷¹ se mostram como poderes decorrentes do exercício da vontade, regulados por normas processuais, perante as quais o sujeito possui o *poder* de agir (confissão judicial), a *faculdade* (arrolar testemunhas) e o *ônus*, no caso da imposição de consequências pelo descumprimento da norma (comprovação do álibi). A *faculdade* e o *poder* podem, também, gerar circunstâncias desfavoráveis ao sujeito caso não exercidas a tempo e modo. O procedimento se desenvolve a partir de atos jurídicos lícitos, componentes do desenrolar procedimental até a decisão final, mas não numa compreensão de oposição aos atos ilícitos⁹⁷².

⁹⁶⁹ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale...*, p. 51: “Delle posizioni soggettive primarie (facoltà, potere, dovere) abbiamo fatto cenno. Mediante un altro passaggio logico, cioè collegando l’oggetto del comportamento descritto dalla norma al soggetto al quale essa, con la propria valutazione, assicura una posizione di preminenza (in ordine a quell’oggetto, appunto), si perviene ad un’altra posizione fondamentale, di secondo grado: il diritto soggettivo. Così, la norma che concede al soggetto una facoltà, o un potere, costituisce in capo a lui una posizione di preminenza (così, il potere può indicarsi e viene indicato anche come diritto potestativo. Non altrimenti, la norma che impone ad un soggetto il dovere di prestare alcunché ad un altro soggetto conferisce a quest’ultimo una posizione di preminenza sull’oggetto della prestazione, dunque un diritto soggettivo (si pensi al diritto di credito: la posizione di chi è destinatario dell’altri obbligo di prestare). Del diritto soggettivo che – a differenza di quello costituito dal dovere di uno (o più) soggetti: perciò indicato come relativo – è realizzato dai doveri di tutti i consociati (escluso il titolare del diritto) ed è detto perciò assoluto, nonchè del diritto soggettivo reale.”

⁹⁷⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 106: “Da posição do sujeito em relação ao objeto do comportamento descrito na norma, FAZZALARI extrai o conceito de direito subjetivo, não como um poder sobre a conduta alheia, ou de direito à prestação decorrente de relação jurídica, mas como uma posição de vantagem do sujeito assegurada pela norma, posição que se apreende pelo ‘objeto do comportamento’ descrito na norma relacionado ao sujeito. Se da norma decorre uma faculdade ou um poder, para o sujeito, sua posição de vantagem incide sobre o objeto daquela faculdade ou daquele poder que a norma lhe conferiu.”

⁹⁷¹ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale...*, p. 77: “Ciò chiarito, la struttura del procedimento si coglie quando ci si trovi di fronte ad una serie di norme (fino a quella regolatrice di un atto finale: di solito un provvedimento, ma può trattarsi anche di un atto mero), ciascuna delle quali regola una determinata condotta (qualificandola come lecita o come doverosa), ma enuncia come presupposto del proprio operare il compimento di una attività regolata da altra norma della serie.”

⁹⁷² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 107: “O segundo ponto que merece relevo é a explicitação de que a qualificação do ato como lícito (poderes e faculdades) não se faz em contraposição ao ilícito. O ilícito não é incluído na estrutura do procedimento e do ponto de vista lógico, nem o poderia ser, pois não poderia compor o conceito de ato jurídico. E é sobre atos jurídicos que se fala no

4 – Destarte, até a decisão final, o procedimento, apesar de guardar uma unidade, deve ser visto como uma sucessão de atos jurídicos determinados por normas processuais que regulamentam a maneira pela qual se dará a seqüência de atos e posições jurídicas: “*O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a seqüência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas.*”⁹⁷³. É a perfeita vinculação das etapas antecedentes que legitima o procedimento como condição preparatória ao provimento final⁹⁷⁴, consoante aponta **Cordero**: “*El antecedente inválido contamina a los siguientes.*”⁹⁷⁵

Fazzalari afirma:

Il procedimento si presenta, poi, come una sequenza di atti quali previsti e valutati dalle norme. Il procedimento va, infine, riguardato come una serie di facoltà, poteri, doveri: quante e quali sono le posizioni soggettive che è dato trarre dalle norme in discorso; e che risultano anch'esse, e necessariamente, collegate in modo che, ad esempio, un potere spetti ad un soggetto quando un dovere sia stato compiuto, da lui o da altri, e, a sua volta, l'esercizio di quel potere costituisca il presupposto per l'insorgere di un altro potere (o facoltà o dovere). Ferme le tre angolazioni – norma, atto, posizione giuridica – va detto che il procedimento è di solito, cioè nell'uso corrente, contemplato proprio dal punto di vista degli atti.⁹⁷⁶

5 – A *posição subjetiva* é o vínculo do sujeito para com a *norma*, a qual lhe valora suas manifestações de vontade como lícitas, facultadas ou devidas, com as conseqüências daí advindas⁹⁷⁷. Desta feita, a legitimidade do provimento judicial dependerá do desenrolar correto dos atos e posições subjetivas previstos em lei. E a perfeita observância dos atos e posições subjetivas dos atos antecedentes é condição de possibilidade à validade dos subseqüentes. Logo, a mácula

procedimento, são eles que o compõem em todo o seu iter, até o momento final. É claro que não se exclui o ilícito da experiência do Direito, mas nela ele comparece como inobservância da conduta devida, descrita pela norma substancial, pela norma de direito material. Terá ele, naturalmente, assim como o direito material cuja tutela é requerida, suas relações com o ato final, o provimento, no processo, mas não integra a sua estrutura.”

⁹⁷³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 108.

⁹⁷⁴ BREDI, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, a.9, n. 9, Curitiba, 1980, p. 184: “É que a declaração de nulidade exige a regressão do procedimento ao momento processual em que foi o ato nulo praticado. Daí por diante, todos os demais atos processuais são atingidos pela nulidade.”

⁹⁷⁵ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*, v. 1..., p. 328.

⁹⁷⁶ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale...*, p. 77-78.

⁹⁷⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 109: “Não é excessivo ressaltar que a expressão “posição subjetiva” contém um sentido muito específico. Não se refere à posição de sujeitos em

procedimental ocorrida no início do processo contamina os demais, os quais para sua validade precisam guardar referência com os anteriores. O ato praticado em desconformidade com a estrutura do procedimento é inservível à finalidade a que se destina⁹⁷⁸. A decisão final, preparada pelo procedimento, também se constitui como uma parte deste, ou melhor, sua parte final, o corolário⁹⁷⁹.

Assim é que **Fazzalari** sintetiza:

La partecipazione di soggetti al processo, in quanto stimati destinatari dell'efficacia dell'atto emanando costituisce, come si vedrà, la loro legittimazione ad agire. Ove e quando, invece, quella stima dia risultato negativo – si constati, cioè, in un concreto processo, che i partecipanti non sono, neppure ipoteticamente, destinatari del provvedimento finale –, su tale constatazione il processo si conclude, non potendo proseguire verso il suo esito istituzionale; e le arrività processuali già svolte, slavo quelle che abbiano, appunto, riguardato la quaestio, della legittimazione ad agire, si considerano inutilier gestae. L'essenza stessa del contraddittorio esige che vi partecipino almeno due soggeti, un interessato e un controinteressato: sull'uno dei quali l'atto finale è destinato a svolgere effetti facorevoli e sull'atro effetti pregiudizievoli.⁹⁸⁰

6 – Então, invertendo-se a lógica do *senso comum teórico dos juristas*, o *processo* é um *procedimento* realizado por meio do *contraditório* e, especificamente no Processo Penal, entre os legitimados para instauração do processo: Ministério Público ou ofendido e o acusado. Por isso a necessidade de se entender o exercício da *Jurisdição* a partir da estrutura do *processo como procedimento em contraditório*, com significativas modificações na maneira pela qual ele se instaura e se desenrola, especialmente no tocante ao *princípio do contraditório* e o papel do juiz na condução do feito⁹⁸¹.

uma relação com outro sujeito ou à posição de sujeitos em um quadro qualquer de liames. Posição subjetiva é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas.”

⁹⁷⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 111: “Se o procedimento fosse considerado apenas como uma série de normas, atos e de posições subjetivas, o ato jurídico isoladamente considerado poderia produzir nele seus efeitos. Mas o procedimento é mais do que uma mera sequência normativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato praticado fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode ser por ela acolhido validamente, porque não pode ser nela inserido.”

⁹⁷⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 112: “O provimento implica na conclusão de um procedimento, pois a lei não reconhece sua validade, se não é precedido das atividades preparatórias que ela estabelece. Mas o provimento pode ser visto como ato final do procedimento não apenas porque este se esgota na preparação de seu advento.”

⁹⁸⁰ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale...*, p. 85.

⁹⁸¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 126: “Observá-lo, ele mesmo, significará que o juiz se submete às normas do processo pelas quais os atos das partes são garantidos, que o juiz não pode se recusar ao cumprimento da norma que institui o direito de igual participação das partes, em simétrica paridade.”

Portanto, o *contraditório* precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado⁹⁸². Rompe-se, outrossim, a visão de que a simples participação dos sujeitos (juiz, auxiliares, ministério público, acusado, defensor) do processo possa conferir ao ato o *status* de contraditório. É preciso mais. É preciso a efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final, apurando-se o melhor argumento em face do Direito e do ‘caso penal’, na via intersubjetiva.

§ 3 – O papel (revisto do) juiz no procedimento em contraditório

1 – A figura do juiz, desde o ponto de vista de *sujeito* do processo, demonstra que sua participação não é de mero autômato, mas está vinculada às decisões proferidas no curso do procedimento e no seu final, no exercício de sua função jurisdicional⁹⁸³, sem olvidar os princípios informadores de sua atuação, mormente se adotada a matriz *eminentemente acusatória*. Assim é que apesar dessa participação – *sujeito* do processo –, não se pode confundir a função do juiz com a das partes, eis que não assume a condição de *contraditor*, a qual é exercida pelos *interessados*, mas de *terceiro*, responsável; todavia, pela sua regularidade na produção dos significantes probatórios. Sua função é também a de expedir, em nome do Estado, o provimento com força imperativa, atendido o *devido processo legal*, levando em consideração os argumentos contruídos no procedimento, em decisão motivada, mesmo⁹⁸⁴.

⁹⁸² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 120: “A conotação citada como uma aproximação do conceito atual de contraditório explica-se, pois ele exige mais do que a audiência da parte, mais do que o direito das partes de se fazerem ouvir. Hoje, seu conceito evoluiu para o de garantia de participação das partes, no sentido em que já falava VON JHERING, em simétrica paridade de armas, no sentido de justiça interna no processo, de justiça no processo, quando as mesmas oportunidades são distribuídas com igualdade às partes.”

⁹⁸³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale...*, p. 85-86: “L’autore dell’atto finale può essere uno dei contraddittori, ma non lo è necessariamente. Invero, che l’autore del provvedimento sai sempre, in quanto tale, fra i protagonisti dell’iter processuale, quindi, di regola, guidi lo svolgimento del contraddittorio, possa fissarne gli oggetti, ne recepisca, infine, i risultati non vuol dire che egli sia parte della situazione che quell’atto è volto a creare: ciò accade, di regola, per gli organi pubblici in sede di amministrazione attiva; e in tale ipotesi l’autore dell’atto finale si schierà contro uno o più soggetti (quanti altri siano parti di quella situazione). L’autore dell’atto finale non è, invece, un contraddittore quante volte sia estraneo agli interessi in contesa, cioè non sia parte di quella situazione (così, il giudice, l’arbitro) o sia atteggiato come tale, pur senza esserlo effettivamente (così, la pubblica amministrazione in sede di controllo.”

⁹⁸⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 121-122: “O juiz, perante os interesses em jogo, é terceiro, e deve ter essa posição para poder comparecer como sujeito de atos de um determinado processo e como autor do provimento. Essa é uma garantia das partes, que se expressa tanto pelo princípio do juízo natural, e não pós-constituído, tanto pelas normas que controlam a competência do juiz.

2 – A exteriorização do *princípio do contraditório*, na proposta de **Fazzalari** se dá em dois momentos. Primeiro com a *informazione*, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as *posições jurídicas* em face das normas processuais e, num segundo momento, a *reazione*, manifestada pela possibilidade de movimento processual, sem que se constitua, todavia, em obrigação⁹⁸⁵.

Logo, no caso do Processo Penal, o *contraditório* precisa guardar igualdade de oportunidades, exigindo, assim, a revisão de diversas regras do Código de Processo Penal brasileiro, mormente no tocante à gestão da prova e ao (dito) objeto do processo, deixando-se evidenciada qual a conduta a ser verificada, os meios para sua configuração e as posições processuais de cada envolvido, no que a epistemologia garantista se associa (Cap. 4º).

Neste pensar, **Gonçalves** sublinha que:

No processo penal, os interessados no ato final são o acusado e o Estado, que atua como parte, através do Ministério Público. Entre eles o contraditório se desenvolve. As questões suscitadas em torno do argumento de que o Estado é também o autor do ato final resolvem-se pela essência do contraditório. Essa essência exige, como diz FAZZALARI, que do processo participem pelo menos dois sujeitos, um interessado e outro contra-interessado, um dos quais receberá os efeitos favoráveis e o outro os efeitos desfavoráveis do ato final. O autor do ato final pode ser um dos contraditores, mas o que o distingue, como autor do ato e como contraditor, é a sua posição, nessa qualidade, de simétrica paridade em relação ao outro, ou aos outros contraditores. A dupla atividade do Estado, como parte, através do Ministério Público e como poder, que atua pelo órgão jurisdicional, não prejudica o processo se nele há garantia do contraditório, e é exatamente a presença do contraditório, no processo penal, que necessariamente o caracteriza como processo, que faz dele um procedimento realizado em contraditório entre as partes.⁹⁸⁶

Investido dos deveres da jurisdição, o juiz não entra no jogo do dizer-e-contra-dizer, não se faz contraditor. Seus atos passam pelo controle das partes, na medida em que a lei lhes possibilita insurgir-se contra eles. Sublinhe-se, nesse ponto, o profundo sentido do duplo grau de jurisdição como garantia de direitos processuais. O controle das partes sobre os atos do juiz é de suma importância e, nesse aspecto, a publicidade e a comunicação, a cientificação do ato processual às partes (que é, também, garantia processual) é de extrema relevância.”

⁹⁸⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 126-127: “O juiz tem o dever de informar e de garantir que a informação seja dada, para que a parte, querendo, possa intervir. E quando se diz querendo, pretende-se realçar que a parte jamais poderia ser obrigada a vir praticar os atos processuais que lhe são destinados, podendo optar por suportar os eventuais ônus de sua omissão. Não se pode perder de vista que o contraditório é a garantia, a possibilidade assegurada da participação das partes em simétrica paridade, e uma garantia, considerada do ângulo do Estado, é um dever, mas do ângulo do jurisdicionado jamais pode ser identificada a uma coação, porque sempre será proteção assegurada pelo Direito.”

⁹⁸⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo...*, p. 129-130.

3 – Acrescente-se, de outro lado, que o *senso comum teórico dos juristas* pretende uma adequação do processo às finalidades do *Estado do Bem Estar Social*. Para tanto, **Dinamarco** revisita a teoria processual para adaptá-la aos resultados exigidos pela população, mediante a otimização do sistema rumo à *efetividade do processo*⁹⁸⁷. Partindo da autonomia do Direito Processual, **Dinamarco** indica a necessidade de, a partir da razão, ter-se a consciência da *instrumentalidade* do processo em face da conjuntura social e política do seu tempo, demandando um “*aspecto ético do processo, sua conotação deontológica*.”⁹⁸⁸ Esse chamado exige que o juiz tenha os predicados de um homem do seu tempo, imbuído em reduzir as desigualdades sociais e cumprir os postulados processuais constitucionais, vinculando-se aos *valores constitucionais*, em especial o valor *Justiça*. A proposta está baseada nas modificações do *Estado Liberal* rumo ao *Estado Social*⁹⁸⁹, mas vinculada a uma posição especial do juiz no contexto democrático, dando-lhe poderes sobre-humanos⁹⁹⁰, na linha de realização dos ‘*escopos processuais*’, com forte influência da ‘*Filosofia da Consciência*’ (Cap. 5º).

Entretanto, este paradigma, informado pelo modelo do *Bem Estar Social* e da *jurisprudência de valores* não mais se sustenta, como bem afirma **Cattoni**⁹⁹¹, mormente em face do paradigma *habermasiano*, acolhido de forma parcial. Não se

⁹⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13: “É preciso, em outras palavras, retornar à dogmática processual, agora com o espírito esclarecido pela visão dos objetivos a conquistar.”

⁹⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 22-26.

⁹⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 34-35: “Pois o Estado social contemporâneo, que repudia a filosofia política dos ‘fins limitados do Estado’, pretende chegar ao valor homem através do culto à justiça e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito de ‘justiça’ um conteúdo substancial e efetivo. É preciso reduzir as diferenças sociais e econômicas tanto quanto possível, gerando oportunidades. É preciso assegurar a fruição, por todos, dos bens materiais e imateriais que integram o patrimônio comum da nação. É preciso criar efetivas condições para a mobilidade sócio-econômica, inclusive mediante a liberdade de associação. E o Estado, então, pretendendo ser ‘a providência do seu povo’, sente que o bem-estar coletivo depende intimamente da sua participação efetiva nos destinos da população. Ele é, por isso, declaradamente intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social e buscando a sua modelagem segundo os objetivos da ideologia aceita.”

⁹⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...*, p. 48: “Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar um deles, a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação (...) Cada direito, em concreto (ou cada situação em que a existência de direito é negada), é sempre resultante da acomodação de uma concreta situação de fato nas hipóteses oferecidas pelo ordenamento jurídico: mediante esse enquadramento e o trabalho de investigação do significado dos preceitos abstratos segundo os valores que, no tempo presente, legitimam a disposição, chega-se à ‘vontade concreta da lei’, ou seja, ao concreto preceito que o ordenamento dirige ao caso em exame. Por isso é que, quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente canalizam a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação. O comando concreto que emitem constitui mera revelação do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além da certeza.”

⁹⁹¹ CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional...*, p. 12.

trata mais de realizar os *valores sociais*, quer via *escopos* (**Dinamarco**) ou essencialismos dicotômicos, que em certa medida concedem um conforto *Metafísico*, mas acolher no campo das práticas jurídicas a *viragem linguística*, cujos efeitos retiram a carga axiológica do *processo*. O *processo* precisa de uma nova postura. A pretensão de **Dinamarco** de que o juiz deve aspirar os anseios sociais ou mesmo o espírito das leis, tendo em vista uma vinculação axiológica, moralizante do jurídico, com o objetivo de realizar o sentimento de justiça do seu tempo, não mais pode ser acolhida democraticamente.

Assevera, neste sentido, **Leal**:

Quando Cândido Dinamarco proclama, ao se contrapor a Fazzalari, que a diferença entre ambos ‘é que o professor de Roma põe o Processo ao centro do sistema’ enquanto a proposta é que ‘ali se ponha a jurisdição’, conclui-se facilmente que o insigne professor paulista e seus inúmeros discípulos, em todo o Brasil e no mundo, ainda *não* fizeram opção pelo estudo do direito democrático, pensando ser ainda ser o plano da *DECISÃO* exclusivo do decididor (juiz) e não um espaço procedimental de argumentos e fundamentos processualmente assegurados até mesmo para discutir a legitimidade da força do direito e dos critérios jurídicos de sua produção, aplicação e recriação.⁹⁹²

4 – Advirta-se, por fim, que a atuação do juiz, no procedimento, não pode ser a de realizar os anseios sociais, devendo se postar de maneira imparcial, garantindo o equilíbrio contraditório, ou seja, a verdadeira democracia processual⁹⁹³. Todavia, no *ato decisório*, a pretensão *habermasiana* não pode ser acolhida como se mostra (Cap. 3º). Evidente que os argumentos formulados pelas partes devem ser levados em consideração no momento da decisão, fundamentando-se as pretensões de validade, mas não se pode negar, pela construção até aqui realizada, que o *um-julgador* esteja informado por fatores externos, condicionantes ideológicos, criminológicos, midiáticos, inconscientes, enfim, subjetivos que sempre são co-produtores da decisão, mesmo que obliterados retoricamente.

§ 4º – **Fazzalari** com **Habermas**: a validade discursiva

1 – A portentosa obra de **Habermas**, para os fins desta pesquisa, é acolhida de maneira pontual, especificamente no tocante ao discurso a ser instado intra-

⁹⁹² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual...*, p. 68-69.

⁹⁹³ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência Processual Penal: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 19: “De estímulo à atividade das partes, no sentido de vivificar uma verdadeira democracia processual, tarefa que, repita-se ainda uma vez, é precípua do juiz enquanto agente político do Estado.”

processualmente. Como já se afirmou anteriormente, o Direito Processual possui balizas democráticas, não se podendo mais aceitar a decisão isolada e sem fundamentação escoreita do Juiz, devendo este, necessariamente, considerar as pretensões de validade enunciadas pelas partes no discurso comunicativo instaurado.

Neste paradigma não há espaço para discricionariedade judicial (**Hart**⁹⁹⁴), como a interpretação não atende a uma moldura de possibilidades (**Kelsen**⁹⁹⁵). Pelo contrário, a decisão judicial, naquilo que **Habermas** evidencia como tensão entre *faticidade* e *validade*⁹⁹⁶, exige uma nova postura dos atores jurídicos embrenhados no processo (sempre) constitucional e intersubjetivo de atribuição de sentido. A autonomia do Direito Processual não pode significar o estabelecimento de *feudos* decisórios dos magistrados, inseridos desde sempre no campo comunicacional e regulados, no caso do Processo Penal, pelas respectivas normas.

2 – Conseqüência disso é a assunção de uma nova postura por parte do juiz, ganhando relevo, por conseguinte, a *teoria da decisão judicial*. Para tanto, o ponto de partida deve se constituir na crítica à maneira pela qual o *senso comum teórico* a vende e a *massa histórica pelo gozo dos atores jurídicos* compra a *verdade* fundante prometida apocalipticamente, e entregue sob a tutela de uma *nova dinastia*, ou ‘*Monastério de Sábios*’ – **Warat** –, os *guardiães das promessas da modernidade* – **Garapon**⁹⁹⁷ –, em especial a figura do Juiz, do *Super-Juiz*, sujeito cheio de predicados (serenidade, sabedoria, sapiência, moralidade, hombridade, etc), um *Juiz Hércules*, como diria **Dworkin**. A discussão, portanto, sobre o instituto da *decisão judicial* exsurge fundamental. Conquanto não se acolha o procedimentalismo *habermansiano* no que se refere à postura do Poder Judiciário, a *razão comunicativa* mostra-se, no âmbito processual, importante.

3 – Para **Habermas**, o poder da razão se fundamenta no processo de reflexão, ao revés da ciência *positivista* e a postura *cognitivista*, sendo necessário o abandono da objetividade do *pensamento monológico*. Essa teoria implica redefinição do caráter universal da *verdade*. Assim é que **Habermas** pretende que a

⁹⁹⁴ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito...*, p. 137-168.

⁹⁹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...*, p. 363-371.

⁹⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia...*

⁹⁹⁷ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

teoria crítica cumpra os objetivos de uma sociedade, consistente no fim da *coerção* e da *injustiça* pelo estabelecimento de uma autonomia através da *razão* e harmonia *consensual* de interesses por uma administração racional da *Justiça*. Partindo da *Teoria da Opinião Pública* de **Habermas**, a *linguagem* é concebida como a garantia da *democracia*, tendente a conseguir *acordos consensuais* das decisões coletivas. Com efeito, o Estado Democrático de Direito, na visão *procedimentalista*, seria um projeto constante de acordos sobre os melhores argumentos, historicamente escolhidos pelos concernidos, em situação ideal da fala:

Pues la herida que abre en la práctica cotidiana una pretensión de verdad que se há vuelto problemática debe curarse a través de los discursos; unos discursos que no pueden nunca terminarse de una vez por todas ni mediante evidencias ‘concluyentes’ ni a través de argumentos ‘definitivos’. Ciertamente que las pretensiones de verdad no pueden *haverse efectivas* en los discursos; pero sólo a través de argumentos nos dejamos *convencer* de la verdad de enunciados problemáticos. Lo convincente es aquello que podemos aceptar racionalmente. La aceptabilidad racional depende de un procedimiento que no protege ‘nuestros’ argumentos frente a nadie y frente a nada. El proceso de argumentación como tal debe permanecer abierto a todas las objeciones relevantes y a todas las correcciones y mejoras de las circunstancias epistémicas.⁹⁹⁸

Destaca **Leal** que: “Nesse ponto, a teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari) é que nos habilitou saltar de uma subjetividade apofântica milenar para uma concepção processual expressa numa relação espaço-temporal internormativa como estruturante jurídica do agir em simétrica paridade e instaladora do juízo discursivo preparatório do provimento (decisão).”⁹⁹⁹

4 – A *Teoria da Ação Comunicativa* parte da estrutura de que quem argumenta presume que ela pode ser justificada em quatro níveis: a) o que é dito é inteligível, por regras semânticas compartilhadas; b) o conteúdo do que é dito é verdadeiro; c) o emissor justifica-se por certos direitos sociais ou normas que são invocadas no uso do idioma; d) o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor. Em suma, não pode ser uma comunicação distorcida. O princípio ‘D’ confere à proposta *habermasiana* a possibilidade de verificação da *validade dos argumentos*, desde que sejam suscetíveis de serem justificados e obtenham o livre *assentimento* de todos os concernidos na condição de participantes

⁹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*. Trad. Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós, 2002, p. 47.

⁹⁹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual...*, p. 15.

– atuais ou potenciais – de um discurso público real, desenvolvido conforme as normas de uma *comunidade ideal de comunicação* ou *situação ideal da fala*, entendido este último como *princípio* ‘U’.

Argumenta **Ludwig**:

A teoria do discurso em Habermas elege a linguagem como lugar intrasncendível de toda fundamentação. A chamada *guinada lingüística* torna a razão comunicativa possível. Exame crítico da estrutura da ação comunicativa permite reconstruir as condições universais inerentes à produção enunciados. Um conjunto de condições – *condições de validade* – possibilitam e limitam a ação comunicativa. Desta forma, todo aquele que fizer uso da linguagem natural visando entendimento terá que admitir certos pressupostos inerentes ao *telos* lingüístico.¹⁰⁰⁰

Na teoria da democracia *habermasiana* não se trata da escolha promovida pelo juiz¹⁰⁰¹, em seu feudo soberano, alheio e descomprometido com o debate processual argumentativo efetuado em contraditório, com ampla defesa e isonomia, mas o contrário, acolhendo, ademais, o ‘giro lingüístico’, ou seja, é pós-metafísica. As metodologias, pois, não concedem mais a certeza de antes. Com isto, as rançosas percepções da ‘*Filosofia da Consciência*’ (do sujeito uno) são expungidas do campo processual, abrindo-se espaço para a democracia processual discursiva (Cap. 8º), abjurando-se, dentre outras, a legitimidade formal *kelseniana*¹⁰⁰² do juiz.

§ 5º – A construção discursiva da decisão

1 – Com efeito, esse processo democrático precisa garantir a *isonomia*, *publicidade*, *ampla defesa* e *contraditório*, princípios fundamentais sem os quais a sua deslegitimidade aflora e macula a decisão. No decorrer do processo os direitos fundamentais serão invocados e debatidos argumentativamente (discurso

¹⁰⁰⁰ LUDWIG, Celso. Razão Comunicativa e Direito em Habermas..., p. 116.

¹⁰⁰¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual...*, p. 27: “Com Fazzalari, foi possível um salto epistemológico que retirou a *decisão* da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor.”

¹⁰⁰² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual...*, p. 121-122: “A dogmática analítica e os variados métodos subsidiários, ao insistirem numa interpretação pelas linhas ideológicas do jusnaturalismo, positivismo, neo-positivismo realista, são imprestáveis, na atualidade, à concretização do direito democrático que põe em saliência, como traço distintivo de sua hermenêutica, a teoria discursiva na base da produção, exercício e aplicação do direito. No direito democrático, a validade e a eficácia das *decisões* expedidas não se mostram pelo apoio kelseano em norma superior do sistema jurídico ou pelo entrelaçamento lógico-jurídico formalmente coerente, mas pelo teor conteudístico de suas características discursivas de compatibilidade teórica com o modelo constitucional de Estado (marco teórico-paradigmático) em que são produzidas as *decisões*.”

proposicional e não autoritário)¹⁰⁰³. O processo é quem mediará, pelo discurso, a decisão, não mais solitária do juiz, mas co-produzida democraticamente.

Por esta razão, **Leal** assevera:

A técnica do silogismo pelo jogo de premissas, com supressão do *processo* como estrutura encaminhadora da *decisão*, poderá premiar o decididor pela coerência dos juízos elaborativos do provimento. Entretanto, ainda que primorosa a *decisão* assim obtida, é negativa do *devido processo legal*, porque, no *direito democrático*, o acerto da *decisão* não se autojustifica ante a ausência de procedimento processualizado, que é o elemento teorizador de legitimidade do sistema jurídico constitucionalmente acolhido. Isto é: no *direito democrático*, só a institucionalização constitucional do *processo* como eixo de *decisão* das situações jurídicas asseguradas no ordenamento jurídico (*as chamadas relações de direito material ou formal*) é que tornam legítimas a dirimência dos conflitos normativos e a definição de direitos alegados ou exercidos.¹⁰⁰⁴

2 – Enfim, diante das pretensões de validade trazidas pelas partes no *procedimento em contraditório*, que o *um-juiz* se legitima a emitir o provimento estatal, fundamentando tanto no acolhimento quanto na rejeição das alegações, não podendo buscar a legitimação apenas por sua condição formal de emissor reconhecido. As partes possuem o direito de enunciar seus argumentos, produzirem provas e os verem devidamente analisados pelo Estado-Juiz.

Neste sentido **Cattoni** aduz:

Ou seja, por um lado requerem-se decisões que possam ser consistentemente tomadas no quadro do Direito vigente; por outro, requerem-se decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigente, mas que sejam racionalmente fundadas nos fatos em questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais. Concluindo, é a reconstrução da situação de aplicação, em termos argumentativos determinados pelo próprio Direito Processual, que possibilita a determinação de qual, dentre as interpretações possíveis do Direito, dentre as normas válidas, é a que deve ser aplicada.¹⁰⁰⁵

3 – Quanto ao Processo Penal, relativamente aos direitos dos acusados, a postura a ser adotada é aquela professada pelos mais ferrenhos legalistas: *respeito*

¹⁰⁰³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual...*, p. 32: “Com efeito, ao se falar numa *hermenêutica constitucional* no Estado democrático de direito, não há de ser por balizamentos metodológicos da tradição ou autoridade formados na filosofia do sujeito, porque a regência operacional da democracia não ocorre no plano solipsista do intérprete iluminado por uma inteligência genial, mas pela auto-ilustração teórica do princípio do discurso juridicamente (processualmente) institucionalizado e direcionado à concreção dos direitos à fundamentalidade constitucional democrática.”

¹⁰⁰⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual...*, p. 112.

¹⁰⁰⁵ CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional...*, p. 60

às *regras do jogo* de maneira transparente¹⁰⁰⁶. Nada mais do que isso. Todavia, quando as regras do jogo passam a ser o entrave para a *turba sedenta pelo gozo sádico* – mormente em tempos *neoliberais*, como visto –, os argumentos jurídicos transcendentais da condenação em nome da *paz social*, da *segurança jurídica*, subvertem a lógica de garantias e se constituem no fundamento retórico e deslegitimado de uma condenação¹⁰⁰⁷, consoante afirma **Leal**:

Tanto ao positivista quanto aos jusnaturalistas, jusracionalistas e realistas, não importa se há ou não uma teoria juridicamente constitucionalizada a ser observada, caracterizadora da constitucionalização do ordenamento jurídico em vigor, porque, para eles, em qualquer hipótese, as *decisões* serão produzidas por um *senso de justiça* que lhes é comum pelo resultado de manter a ordem e a segurança jurídica, social, moral ou ética, sem se perguntarem sobre as origens teórico-processuais da ordem jurídica, social, moral ou ética que estão a preservar.¹⁰⁰⁸

As *regras do jogo* são esquecidas por um discurso empolado, bonito, valorativo, emitido pelos ‘bons’ (Cap. 6º), por aqueles que sabem o que é melhor para a sociedade¹⁰⁰⁹, afinal, exercem as funções de juízes na sociedade em nome do *Outro* (Cap. 1º). O princípio da legalidade é desterrado e as concepções criminológicas arraigadas no *inconsciente* do um-julgador afloram. O problema é que, como diz **Miranda Coutinho**:

O enunciado da ‘*bondade da escolha*’ provoca arrepios em qualquer operador do direito que frequenta o foro e convive com as decisões. Afinal, com uma base de sustentação tão débil, é sintomático prevalecer a ‘*bondade*’ do órgão julgador. O problema é saber, simplesmente, qual é o seu critério, ou seja, o que é a ‘*bondade*’ para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se. Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos ‘*justiceiros*’, sempre lotados de

¹⁰⁰⁶ CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional...*, p. 78-79: “O que garante a legitimidade das decisões são antes garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões. A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e dos seus advogados.”

¹⁰⁰⁷ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*, v. 1..., p. 264: “Amorfismo. Era característico del método inquisitorio, pues en el proceso reducido a sondeo introspectivo, las formas constituyen un dato secundario o simplemente sin importancia, pues solo cuenta el resultado, no importa cómo sea obtenido.”

¹⁰⁰⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual...*, p. 107-108

¹⁰⁰⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *O Poder Judiciário na Perspectiva...*, p. 50: “Uma vez perguntei: quem nos protege da bondade dos bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante, ‘a priori’, que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas. (...) Enfim, é necessário, parece-me, que a sociedade, na medida em que o lugar do Juiz é um lugar que aponta para o grande Outro, para o simbólico, para o terceiro.”

‘bondade’, em geral querendo o ‘bem’ dos condenados e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante, então, que a ‘sua bondade’ responde à exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria. Neste momento, por elementar, é possível indagar, também aqui, dependendo da hipótese, ‘*quem nos salva da bondade dos bons?*’, na feliz conclusão, algures, de Agostinho Ramalho Marques Neto.¹⁰¹⁰

4 – Não obstante as críticas que se possa fazer ao paradigma *procedimentalista* – cuja proposta é inviável ser realizada na prática, abaixo do Equador, mormente numa realidade de exclusão¹⁰¹¹, e, também, por desconsiderar que o *inconsciente* opera –, sua acolhida pode ocorrer de forma mitigada, sem o universalismo que pretende. No caminho aqui defendido, a *razão comunicativa* pode ser situada para se fixar o lugar do juiz no processo como sendo aquele que no decorrer dele irá garantir as *regras do jogo*¹⁰¹², sem prejuízo de seu papel específico no ato decisório, o qual deve se fundamentar no *critério material* proposto por **Dussel** (Caps. 1º, 8º e 9º).

§ 6º – **Habermas** com **Lacan**: o *inconsciente* pede passagem

“Como disse Albert Camus, no ‘Estrangeiro’, a decisão depende muito de se chegar a um veredicto, por exemplo, às dez horas da manhã ou às dez horas da noite. A decisão depende muito dos humores.” **Agostinho Ramalho**

1 – O *devido processo democrático* proposto por **Habermas**, entretanto, é paradoxal. Ao mesmo tempo em que rejeita o *solipsismo* do julgador, agora envolvido pelo *medium* lingüístico, considera que o discurso *consciente* é seu fundamento. Ou seja, a legitimidade do Direito e da decisão estariam jungidas à aceitação pelos concernidos das normas e das decisões, como se isso pudesse ocorrer no plano *consciente* do sujeito único. A crítica poderia ser formulada a partir

¹⁰¹⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Canelutti, para os operadores do Direito..., p. 188.

¹⁰¹¹ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 198-202. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. O papel da jurisdição constitucional..., p. 54: “Daí ser incompreensível e inaceitável a posição de alguns dos nossos teóricos, mordidos pela mosca azul da nobreza do pensamento europeu e europeizante. Por isso que cansa o discurso; por isso que cansa o gueriguéri, cansa o blá-blá-blá. É como se ressoasse pelo país: e daí, meu amigo, eu quero comer!”

¹⁰¹² CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional...*, p. 15: “Assim é que os juízes, não devem comporta-se, embora tantos se comportem, como donos da verdade e guardiões das virtudes.”

de **Heidegger** (Cap. 5º) ou mesmo de **Dussel** (Cap. 2º), como já se pontuou, mas para o fim deste escrito, contudo, é **Lacan** que será trazido à baila (Cap. 1º). Para além do assentimento sincero, existem mecanismos *inconscientes* que roubam a cena, conforme deixa evidenciada a *psicanálise*. Por isso procedem as críticas de **Prado Jr.** acerca do projeto *habermasiano*, no sentido de que a leitura da *psicanálise* a partir da *psicologia do eu* efetuada por **Habermas**, renegou o *silêncio* e o *inconsciente* na formulação do consenso intersubjetivo: “É pelo menos curioso que alguém, que busca a verdade de Freud no que ele não disse, negue a idéia do inconsciente como discurso mudo, ou como um campo prévio que (tornando possível a linguagem) é de natureza análoga àquilo que torna possível, sem ser propriamente linguagem.”¹⁰¹³ De maneira que o inasfastável buraco é de ser apontado com **Marques Neto**: “Há essa dimensão que ultrapassa tudo aquilo que o sujeito pode pôr de intencionalidade no seu discurso. O inconsciente é uma referência a esse ultrapassamento, a isso que está para além do discurso. Toda a fala é acompanhada de um cortejo de silêncios, que tem uma enorme eloquência. O que não se diz é frequentemente mais significativo do que o que se diz.”¹⁰¹⁴

2 – **Dews**¹⁰¹⁵, contrapondo a ‘verdade do sujeito’ em **Lacan** e **Habermas**, afirma que para **Lacan** a *cadeia de significantes* impede o encontro definitivo com o *Real*, por ser impossível, consoante já que se deixou assentado no tocante aos *princípios* (Cap. 3º), sendo que, rompendo com as concepções *racionalistas*, a (possível) representação pelo *significante* não é a *coisa*; o que há é *linguagem* sem *metalinguagem*:

Por essa via, as coisas não podem fazer mais que demonstrar que nenhuma significação se sustenta a não ser pela remissão a uma outra significação: o que toca, em última instância, na observação de que não há língua existente à qual se coloque a questão de sua insuficiência para abranger o campo do significado, posto que atender a todas as necessidades é um efeito de sua existência como língua. Se formos discernir na linguagem a constituição do objeto, só poderemos constatar que ela se encontra apenas no nível do conceito, bem diferente de qualquer nominativo, e que a *coisa*, evidentemente ao se reduzir ao nome, cinde-se no duplo raio divergente: o da causa em que ela encontrou abrigo em nossa língua e o do nada ao que ela abandonou sua veste latina (rem). Essas

¹⁰¹³ PRADO JR, Bento. *Alguns Ensaios*: Filosofia, Literatura, Psicanálise. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 25.

¹⁰¹⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva..., p. 48.

¹⁰¹⁵ DEWS, Peter. A verdade do sujeito: linguagem, validade e transcendência em Lacan e Habermas. In: SAFATLE, Vladimir (Org.) *Um limite tenso*: Lacan entre a Filosofia e a Psicanálise. São Paulo: UNESP, 2003, p. 75-105.

considerações, por mais existentes que sejam para o filósofo, desviam-nos do lugar de onde a linguagem nos interroga sobre a natureza. E fracassaremos em sustentar sua questão enquanto não nos tivermos livrado da ilusão de que o significante atende à função de representar o significado, ou, melhor dizendo: de que o significante tem que responder por sua existência a título de uma significação qualquer. Pois, mesmo ao se reduzir a esta última fórmula, a heresia é a mesma. É ela que conduz o positivismo lógico à busca do sentido do sentido, do *meaning of meaning*, tal como se denomina, na língua em que se agitam seus devotos, o objetivo. Donde se constata que o texto mais carregado de sentido desfaz-se, nessa análise, em bagatelas insignificantes, só resistindo a ela os algoritmos matemáticos, os quais, como seria de se esperar, são sem sentido algum.¹⁰¹⁶

3 – A crítica formulada por **Lacan**, portanto, detona com a pretensão de que o ‘entendimento semântico’ possa ocorrer de forma plena, fraturando, de vez, com o ‘Círculo de Viena’ – não obstante a parcial importância deste –, impedindo, de outra face, a identidade do sujeito consciente, entre suas asserções *conscientes* e o *inconsciente* – diz **Dews**:

Ou seja, como os estados subjetivos não são suscetíveis de serem apreciados de maneira pontual e definitiva, mas, ao contrário, adquirem retrospectivamente estatuto e significado diferentes no interior do domínio cambiante de uma interação contínua com outros, estamos sempre sujeitos a recair em uma construção objetificada da identidade do sujeito. (...) Visto que a construção conceitual é, em última análise, uma expressão de nossa autocompreensão e orientação individual ou coletiva diante do mundo, a estabilidade aparente da verdade objetiva será posta em questão pela dinâmica intersubjetiva revelada pela fala verdadeira.¹⁰¹⁷

De sorte que a ‘rede de significantes’ reage historicamente e não é possível manter a *universalidade* das pretensões de validade do discurso *habermasiano* diante da ‘verdade do sujeito’ imbricada com o *inconsciente*, e garantidas pelo *Outro*¹⁰¹⁸. Repita-se que a proposta *habermasiana*, principalmente no âmbito processual, é acolhida no contexto deste escrito, especialmente nas quatro pressuposições mais importantes, destacadas por **Habermas**, consistentes no:

¹⁰¹⁶ LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 501.

¹⁰¹⁷ DEWS, Peter. *A verdade do sujeito...*, p. 91.

¹⁰¹⁸ LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 529: “Se eu disse que o inconsciente é o discurso do Outro com maiúscula, foi para apontar o para-além em que se ata o reconhecimento do desejo ao desejo de reconhecimento. (...) Pois, se posso fazer meu adversário cair no engodo com um movimento contrário ao meu plano de batalha, esse movimento só exerce seu efeito enganador justamente na medida em que eu o produza na realidade, e para meu adversário. Mas, nas proposições através das quais iniciou com ele uma negociação de paz, é num lugar terceiro, que não é nem minha fala nem meu interlocutor, que o que ela lhe propõe se situa. Esse lugar não é senão o da convenção significante, tal como se desrevela no cômico desta queixa dolorosa do judeu a seu amigo: ‘Por que me dizes que vias a Cracóvia para que eu ache que vais a Lemberg, quando na verdade estás indo a Cracóvia?’.”

a) carácter público e inclusión: no puede excluirse a nadie que, en relación con la pretensión de validez controvertida, pueda hacer una aportación relevante; b) igualdad en el ejercicio de las facultades de comunicación: a todos se les conceden las mismas oportunidades para expresarse sobre la materia; c) exclusión del engaño y la ilusión: los participantes deben creer lo que dicen; y d) carencia de coacciones: la comunicación debe estar libre de restricciones, ya que éstas evitan que el mejor argumento pueda salir a la luz y predeterminan el resultado de la discusión.¹⁰¹⁹

E, ademais, não se perca de vista, que o ‘sujeito’ da *psicanálise*, por ser clivado e construído pelos *significantes* que se inscreveram durante o tempo, passa sua vida questionando o *sentido* de sua própria existência:

Pois, certamente, os sulcos que o significante cava no mundo real vão buscar, para alargá-las, as hiências que ele lhe oferece como ente, a ponto de poder persistir uma ambigüidade quanto a apreender se o significante não segue ali a lei do significado. Mas, o mesmo não acontece no nível do questionamento, não do lugar do sujeito no mundo, porém de sua existência como sujeito, questionamento este que, a partir dele, vai estender-se à sua relação intramundana com os objetos e à existência do mundo, na medida em que ela também pode ser questionada para-além de sua ordem.¹⁰²⁰

4 – Portanto, conquanto sua proposta de democracia processual – no qual as *pretensões de validade* são acolhidas ‘*in the long run*’, por mecanismos de *consenso discursivo* –, possa representar uma tentativa de continuidade do projeto do sujeito da *Modernidade* (Cap. 2º), sua perspectiva de *destranscendelizar o sujeito* navega sem a dimensão do desejo, ao arrepio da *fenomenologia heideggeriana* (Cap. 5º) e a barra imposta pelo sujeito clivado da *psicanálise* (**Lacan**), deixando à descoberto os mecanismos de ligação da proposta ao sujeito, dado que: “*Lacan não nega, evidentemente, que esse questionamento será formulado em função do repertório simbólico de uma cultura determinada, mas suas formulações deixam implícito que o que está em jogo – ao menos em parte – é a relação entre o sujeito e qualquer repositório simbólico em geral, e portanto o problema da finitude de sua realização de si enquanto sujeito.*”¹⁰²¹

5 – Por isto, neste escrito, o acolhimento da proposta *habermasiana* é contingente, como horizonte possível de assentimento dos concernidos, sem que, todavia, constitua-se em algo plenamente factível diante dos obstáculos apontados.

¹⁰¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Acción Comunicativa y Razón Sin Transcendencia...*, p. 56.

¹⁰²⁰ LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 556.

¹⁰²¹ DEWS, Peter. *A verdade do sujeito...*, p. 102.

Sem dúvida que os pressupostos do discurso indicados por **Habermas** podem e devem nortear a atuação processual num *Estado Democrático de Direito*, desde que ciente de que a racionalidade proposta é suscetível de críticas intransponíveis. Possui, ademais, o mérito de rejeitar o *solipsismo* do julgador *decisionista*, o qual não se sustenta mais democraticamente. No entanto, nem por isso o processo como eixo democrático pode tamponar o que salta do *inconsciente* das partes nas suas argumentações e do *ser-aí-julgador*.

De qualquer forma, aproveita-se sua proposta para o encadeamento procedimental necessário à legitimidade da decisão a ser proferida, eis que anteriormente já se agregou ao projeto em construção a ‘viragem lingüística’, com a conseqüente rejeição da ‘*Filosofia da Consciência*’ (Cap. 5º). De outra parte, é impossível que a proposta seja ultimada consoante **Habermas** pretende por desconsiderar fatores intervenientes na prolação da decisão e nos próprios argumentos lançados no processo intersubjetivo¹⁰²². É que a pretensão de *sinceridade consciente* dos argumentos é vazada pelo *inconsciente* que atravessa no *Simbólico*. Enfim, a *psicanálise*, com o desvelar do *inconsciente* deixa à céu aberto a sinceridade pressuposta por **Habermas**. A *sinceridade*, então, no máximo pode ser vista como objetivo a ser alcançado na corrida, e cuja *verificabilidade* se mostra impossível de ser aferida, ou seja, é pressuposta a *sinceridade*, mas impossível de controlá-la. Esses obstáculos tornam o discurso *habermasiano*, na sua versão ideal, irrealizável no plano fático, onde o *inconsciente* – repita-se mais uma vez – surge. Por isso a necessidade do reconhecimento parcial do paradigma *habermasiano*, com **Fazzalari**, na construção da proposta do *processo como tarefa democrática inafastável*, justificando-se o aproximar deste *juiz (in)consciente*, ou do *inconsciente* do *um-juiz*.

§ 7º – Processo Penal e *Psicanálise*: um diálogo inadiável

Entre o ato e a sentença, a interpretação do ‘Outro’ orquestrada pelo ordenamento de um texto que antecede ao próprio ato. Entre a interpretação e a responsabilidade, uma aposta, em forma de sentença, que retira e inscreve, a partir do

¹⁰²² MUÑOZ CONDE. Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal...*, p. 106: “Como advierte Habermas, la búsqueda de la verdad en el discurso institucional tiene unas particularidades que la distinguen de la búsqueda de la verdad en el discurso libre de dominio, en el que precisamente por serlo, todas las partes están en un plano de igualdad y tienen el mismo interés en encontrar la verdad.”

intervalo que a produziu, um sentido, uma direção, mas que não oferta garantias.’ **Fernanda Otoni de Barros**

1 – O convite formulado por **Miranda Coutinho** para que a *psicanálise* penetre “*definitivamente no processo penal, para cumprir uma missão fundamental*”¹⁰²³ deve, pois, ser levado a sério, a fim de que se possa indicar como, mais ou menos, funciona o mecanismo de decisão judicial, eis que a *consciência plena* é ilusória. Esse ir ao encontro do *um-juiz* humano, portador de uma subjetividade que opera dentro da ‘Instituição’, para encontrar *emoções, desejos, complexos*, é um caminho rumo à democratização do *ato* decisório. Não se trata, evidentemente, de eclipsar seu lugar, nem de aceitar a decisão consensual entre as partes envolvidas sobre o ‘caso penal’, muito menos de adotar uma ‘psicologia do eu’. Cuida-se de reconhecer a influência do *inconsciente*¹⁰²⁴ do *um-julgador* no momento do *ato* decisório, uma vez que “*não tem sentido manter uma venda nos olhos para fazer de conta que o problema não existe.*”¹⁰²⁵

2 – Então, para aproximar os discursos, é preciso desvelar que a eterna luta entre o *bem* e o *mal* ainda perdura (Cap. 6º), sendo ‘pano de fundo’ *inconsciente* das práticas penais, cuja abjuração não é, definitivamente, simples, principalmente pelo *locus* que a *Instituição* aponta ao *um-juiz*, portador da palavra Divina, um semi-Deus (Cap. 1º). Não foi à toa que **Legendre** afirmou que procurar adentrar nessa seara é uma ‘atividade clandestina’, subversiva do ‘lugar-tenente’, justamente por querer discutir até que ponto a ‘consciência plena e objetiva’ se sustenta, isto é, discutir a legitimidade do mandatário do *Outro*. A *censura*, o *silêncio*, sempre foi e é a palavra de ordem. Afinal, a *Instituição* precisa realimentar o *locus*, “*dos quais se espera que declarem, eles os oniscientes e os prestigiosos, como se chama a realidade, como se nomeiam as coisas, se elas são boas ou não, isto é, verdadeiras ou falsas.*”¹⁰²⁶

¹⁰²³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 139-140.

¹⁰²⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 143: “Acidentes desagradáveis (acidentes de trânsito onde não se tem culpa e se sai ferido, portando cicatrizes para o resto da vida ou perdendo pessoa íntima, querida; casa arrombada por ladrão; seqüestro para fins de extorsão; violências sexuais; experiência com familiar toxicômano, fatos externos os mais variados), levam ao inconsciente um traço negativo que, de retorno ao consciente tende a involuntariamente ser projetado às outras pessoas.”

¹⁰²⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 143.

¹⁰²⁶ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 213.

§ 8º – Deus e seu filho: o Juiz, seu pastor

“Deram-me luzes que raramente são dadas a um mortal.”
Schreber

1 – Talvez o melhor exemplo dessa linhagem divina, ainda incrustada no *inconsciente* dos julgadores, seja a do juiz espanhol **Eduardo Rodríguez Cano** que ‘julgou Jesus Cristo’¹⁰²⁷. Magistrado da ‘Audiência Provincial de Granada’, **Cano**, em 21 de março de 1990, proferiu decisão analisando a ‘constitucionalidade’ do julgamento de Jesus Cristo, ocorrido no ano 33. Assim é que, julgando a causa de *Jesus, o Nazareno, Filho de Deus* – como se referia ao então acusado –, após narrar a vida do *cordeiro de Deus*, desde o seu nascimento em Belém, reconheceu, por fim, que o procedimento adotado não respeitou a condição humana do acusado: *“Eudardo Rodriguez Cano confesó a los periodistas que habia dictado la sentencia ‘como si fuese una oración, como un acto de amor en esta sociedad deshumanizada’. ‘Al haberla dictado me considero casi un blasfemo porque no soy nadie para juzgar o Cristo, pero mi intención há sido la de que Jesús de Nazaret tuviera una sentencia justa y dar una lección a los que le juzgaron’, afirmó.”* Anote-se que, por evidente, todos já falecidos, enterrados.

2 – Só faltaram, depois, os delírios de perseguição e a formulação de uma *nova raça*, como queria o também magistrado **Schreber**, copulando com Deus¹⁰²⁸. **Freud** analisou, a partir do livro de memórias do próprio **Schreber** as particularidades de sua *paranóia*¹⁰²⁹. **Lacan** retomou esta discussão¹⁰³⁰, partindo dos dados existentes, segundo os quais, após um delírio hipocondríaco, inicia-se

¹⁰²⁷ VALIENTE, Quico Tomás; PARDO, Paco. *Antología del disparate judicial*. Barcelona: Random House Mondadori, 2002, p. 115: “El magistrado explicó que la idea de revisar el proceso contra Jesucristo desde la Audiencia Provincial de Granada se le ocurrió tras una conversación con un amigo suyo que le encargó el pregón para la cofradía de la Virgen de las Maravillas y el Cristo de la Sentencia. (...) Asseguró que no le costó mucho ‘llegar a la conclusión de que si aquel juicio se hubiera celebrado con todas las garantías (Jesucristo) hubiera sido absuelto, entre otras cosas porque sólo tuvo acusadores y nadie que le defendiera’.”

¹⁰²⁸ SANTNER, Eric L. *A Alemanha de Schreber: uma história secreta da modernidade*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

¹⁰²⁹ FREUD, Sigmund. Notas psicanalíticas sobre um relato autobiográfico de um caso de paranóia (dementia paranoides). In: *Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 15-89, v. XII.

¹⁰³⁰ LACAN, Jacques. *O seminário: as psicoses*. Trad. Aluisio Menezes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. (Livro 3), p. 30-42.

uma crise de estafa irrompida pela nomeação para o cargo de Presidente do Tribunal de Apelação de *Leipzig* e o desgosto de não ter um filho. A esses fatos seguiram-se diversas internações. Destacando a importância do médico, Dr. **Flehsig** – apressando o passo aqui neste escrito –, **Lacan** aponta que os ‘raios divinos’ são a evidência de que neste caso de delírio avançado se encontra uma, “*verdade que lá não está escondida, como acontece nas neuroses, mas realmente explicitada, e quase teorizada.*”¹⁰³¹ É importante perceber que entre a primeira crise e a segunda decorreram oito anos em que **Schreber** exerceu ‘normalmente’ as funções de juiz, mas a assunção ao cargo de Presidente lhe fez desenrolar o delírio:

Essa função, que tem o caráter de uma eminência, confere a ele, dizem, uma autoridade que o alça a uma responsabilidade, não inteiramente total, mas pelo menos mais plena e mais pesada que todas as que teria podido esperar, o que nos dá o sentimento de que há uma relação entre essa promoção e o desencadear da crise. Em outros termos, no primeiro caso, põe-se em função o fato de que Schreber não pôde satisfazer sua ambição, no outro, que ela foi realizada pelo exterior, de uma forma que se ratifica quase como imerecida. O mesmo valor desencadeador é reconhecido nesses dois acontecimentos. Anotam que o presidente Schreber não tenha tido filho para consignar um papel fundamental à noção da paternidade. Mas se admite, ao mesmo tempo, que é porque ele acede finalmente a uma posição paterna que, ao mesmo passo, o temor à castração revive nele, com uma apetência homossexual correlativa. Eis o que estaria diretamente em causa no desencadeamento da crise, e acarretaria todas as distorções, as deformações patológicas, as miragens, que progressivamente vão evoluir como delírio.¹⁰³²

Não se precisa ir mais longe. Com o relato desse delírio é possível perceber claramente que os trilhamentos do ‘complexo de Édipo’, os significantes constitutivos do aparelho psíquico, influenciam o *um-juiz* durante toda a sua existência, sem que se possa dissociar o juiz de seu sujeito (*in*)consciente. Durante o período que proferiu decisões no Tribunal em *Leipzig*, por óbvio, sua construção apareceu nas decisões por ele proferidas.

3 – Em terra *tupiniquim*, por certo, os ‘**Schrebers**’ e outras *singularidades*, *idiossincrasias*, existem, mas o lugar, repita-se, encontra-se *censurado* em nome da objetividade, neutralidade. De qualquer forma, correndo-se o risco de cometer *pecado* de pensar este lugar, cumpre reconhecer que mesmo que o Estado tenha se separado da Igreja, a estrutura de fazer *amar o censor* ainda é, na base, a mesma,

¹⁰³¹ LACAN, Jacques. *O seminário: as psicoses...*, p. 37.

¹⁰³² LACAN, Jacques. *O seminário: as psicoses...*, p. 40-41.

bem como a prática de *adestramento*. Tanto assim que **Bueno de Carvalho** aponta essa lógica divina:

Quando o julgador fala de si mesmo emerge discurso efetivamente alienado dando a si próprio ares de divindade. O exemplo palmar desta ótica (aqui manifestada com todo o respeito) é a 'Prece de um Juiz', do magistrado aposentado João Alfredo Medeiros Vieira, vertido para quinze línguas. E assim começa a prece; 'Senhor! Eu sou o único ser na Terra a quem Tu deste uma parcela de Tua onipotência: o poder de condenar ou absolver meus semelhantes. Diante de mim as pessoas se inclinam; à minha voz acorrem, à minha palavra obedecem, ao meu mandado se entregam... Ao meu aceno as portas das prisões se fecham.... Quão pesado e terrível é o fardo que puseste em meus ombros!... E quando um dia, finalmente, eu sucumbir e já então como réu comparecer à Tua Augusta Presença para o último juízo, olha compassivo para mim. Dita, Senhor, a Tua sentença. Julga-me como um Deus. Eu julguei como homem. O texto explica-se por si só. E o que é pior: nós (juizes e povo) acreditamos na idéias do mito juiz-divindade.¹⁰³³

Prado argumenta que diante da dificuldade do 'lugar de julgador', o magistrado pode tentar ser 'divino', a Justiça encarnada, com capacidade de ser o representante do *Outro*:

Esse fenômeno chama-se *inflação da persona*, que ocorre quando os magistrados de tal forma se identificam com as roupas talaras, que não mais conseguem desvestí-las nas relações familiares ou sociais. A inflação da persona causa fragilidade ou rigidez da psique. É notório o comportamento de certos juizes de 2ª instância que se julgam superiores aos de 1ª instância, seus colegas. São clássicas, também, certas atitudes de juizes que se colocam de modo intimidativo diante dos advogados, das partes e dos funcionários do Poder Judiciário, sendo reverenciados pelos primeiros e temidos pelos outros.¹⁰³⁴

4 – Na balada, então, é necessário desvelar que esse discurso opera, buscando-se as matrizes *condicionantes* (ideológica, criminológica, etc.) e *inconscientes* que, definitivamente, fragmentam a função de julgar numa sociedade complexa, à margem do capitalismo, no qual o Direito Penal possui uma tarefa de *adestramento* estratégica (Cap. 1º). Desse 'dar-se conta', assim, em muito depende para que lado a atuação ocorrerá, porque sob o disfarce da *neutralidade*, disse **Lyra Filho**, não é mais possível se esconder: "O que importa não é ser neutro (se

¹⁰³³ BUENO DE CARVALHO, Amilton. O juiz e a jurisprudência..., p. 5.

¹⁰³⁴ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção...*, p. 43.

ninguém o é) ou engajado (já que todos são): é achar o engajamento certo e defendê-lo, sem frouxidão, nem sectarismo.”¹⁰³⁵

§ 9º – Concurso como Ritual de Passagem: muitos serão chamados e poucos os escolhidos

‘Metade dos juízes acredita ser Deus; a outra metade tem certeza.’ Anônimo

1 – O próprio sistema de recrutamento, verdadeiro *ritual de passagem*, empurra o juiz para o lugar de Semi-Deus, uma vez que a realização de concurso público de provas e títulos se fundamenta muito mais na ‘decoreba’ de regras jurídicas do que em qualquer outra questão, talvez mais importante, impondo o auto-reconhecimento (*in*)*consciente* de que os *eleitos*, ou seja, os que lograram êxito no certame, são indiscutivelmente os melhores. Daí para a soberba e postura ‘paranóica’ é um passo pequeno, uma *investidura*. Percebe-se corriqueiramente a quantidade cada vez mais crescente de candidatos aos concursos públicos, sendo aprovados somente os, em tese, mais preparados. É verdade, de outra face, que cada Tribunal organiza como quiser a prova e os avaliadores possuem imensa liberdade no que perguntar, gerando, não raras vezes, perplexidade sobre o conteúdo indagado, deixando *a latere* qualquer subjetividade: afinal o juiz é, para eles, *neutro*. Somente questões objetivas importam, acreditando-se que os juízes, no fundo, precisam é decorar a lei. Argumenta **Andrade** que “*Decora-se o direito dogmático, e a aprovação é corolário. Desnecessária qualquer sensibilidade e senso de justiça social. Um desumano, de memória fotográfica, pode tirar primeiro lugar.*”¹⁰³⁶ As entrevistas realizadas, em muitos casos, são meros *rituais*, dado que o candidato sabe exatamente o que deve responder, sob pena de ser barrado, como afirma **Nalini**:

O treino oficial para os concursos faz com que todos os candidatos ofereçam a mesma resposta: Por vocação! Por ideal! Sempre pensei em ser Juiz! Ninguém se atreveria a dizer: Preciso de emprego! Tenho família para sustentar! Preciso me casar e não tenho salário! Não dei certo na advocacia! Estou prestando todos os concursos porque a carreira pública ainda é uma boa opção num Brasil

¹⁰³⁵ LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar Direito, hoje?...*, p. 9.

¹⁰³⁶ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito ao Direito...*, p. 36.

globalizado com incertezas ditadas pelos globalizantes!¹⁰³⁷

De qualquer forma, a pretensão é de que os melhores na ‘memorização’, como diz **Nalini**, sejam acolhidos, e “*aquele que foi escolhido, quando tantos haviam sido chamados e restaram inaproveitados, tende a se considerar quase-gênio, aquinhoado com atributos inusitados, um ser muito especial.*”¹⁰³⁸ O ‘salvador está ordenado’ e daí em diante pode operar em nome de Deus, porque *muitos serão os chamados e poucos os escolhidos*.

2 – Então aqui o ‘narcisismo do juiz’ ganha mais um ingrediente. É que primeiro ocupa um lugar de ‘portador da palavra do Outro’ (Cap. 1º), depois assume o papel de ‘Inquisidor’ na gestão da prova, em busca da ‘Verdade Real’, e, ainda, pela maneira como se engaja, acaba acreditando que é o escolhido, o mandatário Divino capaz de conceder – com as implicações *psicanalíticas* do termo – a segurança jurídica, até a aposentadoria, claro. Neste pensar, juízes se sentem (e precisam se sentir) membros natos, guardiães da *verdade* ligada à *certeza*; substituição *cartesiana* que veio preencher o vazio da *verdade verdadeira*, mas que não rejeitou seu lugar fundante. **Warat** assinala:

Nos diversos seminários de humanização da magistratura, trabalhamos os diversos efeitos perversos do lugar dos magistrados. É um lugar vivido com uma força muito especial, já que existem magistrados que vivem o lugar como se fosse o templo de alguma divindade. Este é vivido por muitos (mais do que democraticamente dever-se-ia esperar) como o Olimpo, um lugar onde pode se sentir um agregado dos deuses gregos. Eles não sabem que os templos destinados aos deuses gregos estavam sempre vazios em seu interior (inacessíveis para estranhos), nunca se encontrava nada, apenas era um culto ao inacessível. A diferença está em que os deuses gregos tinham consciência desse vazio: nossos magistrados agregados não a têm. O lugar enche os juízes de tristes arrogâncias, que se diluem na aposentadoria. Não existe maior tristeza que a de um juiz aposentado que, em toda sua vida ativa, acreditava ser agregado do Olimpo e agora, tem de passar sua inércia vital pelas gôndolas desertas de um supermercado, sendo as três da tarde um laborioso mártir.¹⁰³⁹

Neste pensar, o *Outro*, por seus porta-vozes, diz mais ou menos o seguinte: *A verdade existe e pode ser conseguida no processo penal se seguido um método interpretativo próprio, conforme lhes ensinarei*. **Legendre** tinha razão ao vindicar o

¹⁰³⁷ NALINI, José Renato. *Prefácio*. In: PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção*. Campinas: Millennium, 2003. p. XIV.

¹⁰³⁸ NALINI, José Renato. *Prefácio*. In: PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção...*, p. XI.

¹⁰³⁹ WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador...*, p. 224/225.

caráter messiânico dos ‘Juristas de Ofício’, sempre lotados das ‘melhores das intenções’, evidente. Amém¹⁰⁴⁰.

3 – Mas como ‘*Eles não Sabem o que Fazem*’ (**Žižek**), alienados que estão pelo que simbolicamente se erigiu em face de seu *locus*, fomentada desde a graduação, prestam-se a funcionar como ‘Juristas do Ofício’ que, para os *platônicos*, não poderia ser nada mais digno, diz **Rorty**:

Li Platão durante o verão de meus quinze anos e me convenci de que Sócrates tinha razão: virtude era conhecimento. (...) Assim, decidi me graduar em filosofia. Eu imaginava que, se me tornasse um filósofo, poderia chegar ao topo da ‘linha dividida’ de Platão – o lugar ‘além das hipóteses’, onde o sol fulgurante da Verdade banha com seus raios a alma purificada dos sábios e dos bons: um campo elísio repleto de orquídeas imateriais. Parecia óbvio que chegar a um lugar assim era o que qualquer um que tivesse alguma coisa na cabeça realmente queria. Também parecia claro que o platonismo tinha todas as vantagens da religião, sem requerer a humildade que o cristianismo demandava, e da qual eu era aparentemente incapaz.¹⁰⁴¹

Com efeito, os juízes manipulam mais eficazmente na medida em que são mais manipulados sem sabê-lo, a *violência simbólica* (**Bourdieu**) instalada de forma eficiente no *inconsciente*. Acreditando que ‘Dizem o Direito’ mordem a isca, e a pescaria está garantida. O poder é exercido em nome próprio, numa perfeita ‘apropriação indébita’ escamoteada, já que adverte o velho **Carnelutti**: “*A ilusão não se pode conservar mais que a condição de permanecer dentro dela. E há os que permanecem nela toda a vida. Felizes eles!*”¹⁰⁴²

4 – O *um-juiz*, todavia, é uma singularidade, não existe como sujeito abstrato e único. São diferentes no tocante ao sexo, idade, instrução, ideologia, trilhamento do complexo de Édipo, experiências pessoais, são neuróticos, obsessivos, paranóicos, psicóticos e esquizofrênicos, capazes de num processo, então, ao invés de julgar o acusado, estar, na verdade, diz **Bueno de Carvalho**, condenando “*a si, mas quem vai para o presídio é o outro.*”¹⁰⁴³

¹⁰⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 67: “Desde esta perspectiva a função intelectual é imediatamente política e a função política imediatamente sacerdotal. Recordaremos que Deus se infere do clérigo. Não como maquinação mas como sua condição de possibilidade, o pedestal ilusório do seu poder real. Todo discurso de verdade evoca uma realidade simbólica, que atua como memória coletiva (um sistema de subjetividade coletiva) no seio das relações políticas. É o sentido comum (que não é outra coisa que a subjetividade modelada pela instituição social)”.

¹⁰⁴¹ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 155-156.

¹⁰⁴² CARNELUTTI, Francesco. *A prova Civil...*, p. 17.

¹⁰⁴³ BUENO DE CARVALHO, Amilton. *O juiz e a jurisprudência...*, p. 6.

Apesar de ser a *projeção* um dos mecanismos de defesa do ego, pode acontecer no julgamento, consoante assevera **Prado**:

O ato de julgar implica *projeção*, entendida como um mecanismo inconsciente, por intermédio do qual alguém tira de si e coloca no mundo externo (em outro, ou em alguma coisa) os próprios sentimentos, desejos, e demais atributos tidos como indesejáveis. Essa ligação entre julgamento e projeção traz um complicador, a formação de *sombra*. Por isso, creio ser importante que o juiz – mais talvez do que qualquer outro profissional – entre em contato com seus conteúdos sombrios, trazendo-os à consciência. Dessa forma, poderá talvez projetá-los menos. Isso ocorrerá se buscar entender o significado desse possível infrator que – como todo ser humano – tem dentro de si, reconhecendo-o como tal.¹⁰⁴⁴

Além disso, no mundo jurídico existe disputa, inveja, revanchismo, hostilidades, prepotência, arrogância, corrupção. Não é o ideal professado nas aparências, definitivamente. Porém, dar conta dessa situação retira a carga messiânica, lembrando-se que a conta por decidir precisa, sempre, ser paga por alguém...

§ 10 - O processo de *Secularização* e o retorno (in)consciente no discurso do 'Bem' versus o 'Mal'

1 – Recuperando os momentos antes descritos (Cap. 6º), acrescidos da crítica formulada, continua-se a mediação para indicar as possibilidades do Sistema Garantista (SG) que, ciente de suas limitações, e na pretensão de estabelecer uma racionalidade possível no Processo Penal brasileiro, possa indicar um *sendero*. Relembre-se que o Sistema Garantista (SG) de construção de verdade (processual) reconhece a existência de parcelas de *poder* indissociáveis nos ordenamentos jurídicos artificialmente construídos e, desta forma, pretende ser um modelo ideal capaz de (des)legitimar os sistemas processuais penais existentes, a partir de “*graus de garantismo dos sistemas penais concretos, segundo o grau de decidibilidade da verdade processual que normativamente permitam e efetivamente satisfaçam. (...) O problema do garantismo penal é elaborar tais técnicas no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático.*”¹⁰⁴⁵

O modelo, como tal, mostra-se como o oposto aos modelos autoritários, em especial que manejam a ‘epistemologia inquisitiva’ ou ‘anti-garantista’, diferenciadas

¹⁰⁴⁴ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção...*, p. 46-47.

¹⁰⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 57.

basicamente por dois aspectos: a) definição normativa e b) comprovação judicial do desvio punível. É que para além da previsão legal, o objeto do processo vincula o desvio ao aspecto ôntico imoral/anormal, herdeiro do ‘pecado’ e da ‘anormalidade’, e por conseqüência, seu autor, como sendo *imoral* em si mesmo. O julgamento, portanto, congrega a análise da moralidade/normalidade da conduta e do acusado, refinado posteriormente pelo discurso – herança ‘positiva’ – da ‘periculosidade’ do agente, cujos efeitos nefastos ainda hoje se materializam. Nesta perspectiva ôntica, o *Princípio da Estrita Legalidade* é deixado *a latere*, eis que há necessidade de uma ‘abertura conotativa’ capaz de fazer incidir, *via fórceps*, os desviados aos tipos penais que nada regulam empiricamente. **Ferrajoli** aponta como *as figuras mais nefastas do moderno obscurantismo penal* a “concepção positiva-antropológica do ‘delinqüente natural’, a doutrina nazista do ‘direito penal da vontade’ ou do ‘tipo de autor’ (*Tätertyp*) e a stalinista do ‘inimigo do povo’”¹⁰⁴⁶, podendo-se acrescentar a de “subversivo”, tão em voga em passado nem tão distante na história brasileira.

2 – Dito diretamente, cumprindo-se o projeto de exclusão: *perseguir nem tanto pelo que se fez, senão pelo que é*. Há nítida confusão entre Moral, Direito e Natureza, retoricamente adereçada pela garantia da legalidade ideal e formal, esvaziada pelas regras penais abertas ao poder de disposição hermenêutico.

Por outra parte, o segundo elemento da *epistemologia anti-garantista* manifesta-se pelo ‘decisionismo processual’, avivado pelo caráter não cognitivo, mas potestativo da Jurisdição e da irrogação da pena, capaz de tornar o Processo Penal mero mecanismo de *legitimação da sanção, baseado em “valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato.”*¹⁰⁴⁷ Logo, a *verdade processual* é remetida para uma instância incontrolável, dado que subjetiva, consistente na convicção pessoal do julgador¹⁰⁴⁸, isto é, ‘sem verdade’ faticamente demonstrável.

3 – Para o Sistema Garantista (SG), então, o processo de *secularização* do Direito Penal e a conseqüente *liberdade/tolerância de consciência* se mostra, como visto, necessário:

¹⁰⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 36.

¹⁰⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 36-37.

¹⁰⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 37: "Não motivado por juízos de fato, isto é, por inserções verificáveis ou refutáveis, mas por juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos; não baseado em procedimentos cognitivos, pelo menos tendencialmente, e, por isso, expostos a controles objetivos e racionais, senão em decisões potestativas; não realizado mediante regras de jogo

Somente separando o direito da moral, e reconhecendo-se o caráter inteiramente artificial, convencional e contingente das figuras legais de caráter penal, pode-se evitar o artifício ideológico de superpor ao desvalor jurídico um apriorístico desvalor moral, natural, ou em qualquer caso substancial, e, por conseguinte, de subordinar as investigações criminológicas e, por outro lado, os juízos ético-políticos ao ponto de vista interno dos juízos de desvalor jurídico que constituem o objeto de umas e de outros.¹⁰⁴⁹

§ 11 – Como o discurso Divino se faz carne: O paraíso perdido

“Os Deuses são Deuses porque não se pensam.” **Fernando Pessoa**

1 – Entretanto, a separação entre *Direito* e *Moral*, tida como pressuposta no *Estado Laico*, no que se refere ao *Direito Penal* não se realizou, o que **Stein** denomina ‘paradoxo da Modernidade’: “*Corremos hoje exatamente este risco de estar muitas vezes falando das coisas modernas e não percebendo que estamos fazendo isso apenas como uma espécie de jogo de máscaras, por trás das quais continuamos os mesmos, isto é, os eternos metafísicos, os eternos indivíduos autocráticos.*”¹⁰⁵⁰ A estrutura formal do ‘crime’ e as heranças que povoam os hábitos – *(in)conscientes* – judiciais deixam evidenciado que o discurso *moral* é um condicionante no processo decisório. Acrescente-se que a *secularização*, entendida como a “*cisão entre a cultura eclesial e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da ciência*”¹⁰⁵¹, é agravada em terra *tupiniquim* em face dos condicionantes antes indicados (Cap. 6º). A mudança da explicação *teológica*¹⁰⁵² pela contratual da *tolerância*¹⁰⁵³, própria da *Modernidade*, desta maneira, não conseguiu se livrar, no *Direito Penal*, do

- como o ônus da prova e o direito à defesa - que garantam a ‘verdade processual’, mas confiado à sabedoria e à ‘verdade substancial’ que eles possuem.”

¹⁰⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 302.

¹⁰⁵⁰ STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. Ijuí: Unijuí, 1991, p. 19.

¹⁰⁵¹ BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 1.

¹⁰⁵² BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena...*, p. 2: “O processo de secularização, dessa forma, possibilita outra mudança copernicana nas ciências, pois o saber passa a ser fundado na razão do homem. A análise do homem racional funda o antropocentrismo, negando toda e qualquer perspectiva ontológica de verdade (verdade em si), iniciando o processo que, no século XX, redundará na universalização dos direitos humanos.”

¹⁰⁵³ BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena...*, p. 8: “A expressão tolerância expressa de forma magnífica o postulado secularizador de que qualquer pessoa tem o direito de ser e continuar sendo o que é, independentemente de ser considerada perversa, não sendo legítima qualquer reprimenda ao seu ser.”

juízo da pessoa e da subjetividade do acusado, principalmente no que se refere à aplicação da pena. Mesmo sendo uma resposta à ‘Inquisição’ e seus nefastos efeitos, pode-se perceber a ultra-atividade de *criminalizações* baseadas na moral, na pessoa, nos antecedentes, nas idéias e pensamentos dos indivíduos...

2 – No Direito Penal, mesmo com a laicização do Estado – processo de secularização – e das pomposas declarações do *senso comum teórico* de rompimento do Direito com a Moral, em nome do ‘juridicismo’, do apego ao texto legal, as bases liberais do Direito Penal são obliteradas mediante, basicamente, dois mecanismos. O primeiro é ausência de controle do ‘princípio da legalidade’, servindo como recurso retórico, ponto em que a obra de **Ferrajoli** possui uma importância democrática fundamental ao exigir pelo Sistema Garantista (SG), a existência de uma conduta externa, material, ofensiva e culpável, como condição à validade epistemológica do Processo Penal (Cap. 4º). Todavia, aceito o ‘princípio da mera legalidade’, a decantada separação entre Direito e Moral é simples argumento retórico. O segundo é processual, no ato decisório. Conquanto o juiz deva fundamentar a decisão com base nas provas coletadas, há imenso espaço para escolha discricionária das condicionantes, isto é, do modelo de Direito Penal acolhido, a estrutura do bem jurídico, a compreensão da conduta, culpabilidade (para ficar somente nestes campos de poder). Logo, o que era em teoria, pretensamente seguro, torna-se, na prática, mero legitimador da sanção. Decorre daí o papel de relevante exercido pelos juízes na construção no *Simbólico* da consciência moral culposa¹⁰⁵⁴.

Por mais que exista no discurso consciente um processo de *secularização*, consistente na separação entre ‘*mala in se*’ e ‘*mala prohibita*’, no qual o Estado contemporâneo se fundamenta, percebe-se matreiramente a subsistência de um condicionante simbólico-ontológico da ligação do *crime* com o *pecado*, estimulado pela ‘Escola Positiva’, pelos interesses da ‘Mídia’ e, contemporaneamente, pelos movimentos conservadores de repressão total (Cap. 6º). É que a teoria geral ainda vincula o *ilícito civil* e o *ilícito penal* ao ‘*mala in se*’, gerando conseqüências que se

¹⁰⁵⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 86: “Por último, o discurso jurídico envolto pelas representações simbólicas do superego da cultura (sobretudo a partir de suas manifestações juridicistas) organiza o lugar comum das penas com efeito tranquilizador de uma coerção beatificada, que mantém os protagonistas sociais em um permanente estado de crença sacra. (...) O superego da

materializam no *ato* decisório. De certa forma o expediente da teoria do ‘bem jurídico tutelado’, um ‘desvalor da vida social’, por se referenciar a lugares comuns – patrimônio, vida, liberdade –, traz consigo as marcas dessa *ontologia-maligna-em-si-mesma*, já que o bem tutelado é tudo que possa satisfazer as necessidades do homem¹⁰⁵⁵. Em outras palavras, partindo da premissa de que o Poder Legislativo somente estabelece tipos penais para condutas com desvalor social, sem um aprofundamento – ou dar-se conta criminológico – o estereótipo do ‘*mala in se*’ mantêm sua força *persuasiva* de adesão valorativa, acrescida do fato de ser emitida em nome do *Outro*¹⁰⁵⁶. Apesar de no *consciente* não se manifestarem ostensivamente, de forma latente são condicionantes da convicção e podem, muitas vezes – ensina a *psicanálise* –, mostrar-se pelos *lapsos*, *atos falhos* e *adjetivações* que escorregam na motivação decisória, mormente nos ‘delitos sexuais’.

3 – **Bueno de Carvalho**, magistrado de carreira, reconhece que o ato de julgar nos processos que envolvem ‘crimes sexuais’, “*envolve fantástica atuação do exegeta. Torna-se presente as próprias fantasias, frustrações, angústias, temores, prazer (sofrido ou não). Ou seja, ao falar de crimes sexuais, por maior que seja a busca do possível distanciamento (...) sempre explode a minha sexualidade.*”¹⁰⁵⁷ Este atestado subscrito por um magistrado analisado, por certo, deixa antever o quanto pode se esconde por trás da impáfia de muitos:

Os maiores mafiosos vão à missa todos os domingos, quando não todos os dias e, na porta da igreja, tramam os mais terríveis crimes; os grandes defensores da moralidade (visite-se, por exemplo, as salas dos Tribunais, nos julgamentos dos crimes contra a liberdade sexual!), não raro são infatigáveis pervertidos; democratas de palanques são senhores do totalitarismo, como mostraram certos políticos que, durante o regime militar eram havidos como os símbolos de um novo tempo e, depois, eleitos, usaram do poder para confirmarem-se no antidiscurso.¹⁰⁵⁸

cultura funciona, então, como uma medicina da alma, que sublima o desejo, englobando o poder como uma trama de crenças efetivas, com uma sexologia que justifica e assegura a autoridade dos chefes.”

¹⁰⁵⁵ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 52-63; VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível...*,

¹⁰⁵⁶ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 34: “A idéia da Salvação está entre os juristas de tal modo associada à pena e ao benefício moral, que freqüentemente aproveitei, em duplo sentido, o tema e graça dessa bem-dita palavra também para o analista.”

¹⁰⁵⁷ BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena...*, p. 81.

¹⁰⁵⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal...*, p. 4-5..

Já se fixou no início que o Direito orbita em torno da questão da sexualidade (Cap. 1º), e, com maior vigor, nos delitos propriamente sexuais. Além disso, os magistrados são pessoas humanas e como tais, podem possuir características *psicóticas, perversas, neuróticas*, enfim, não são máquinas¹⁰⁵⁹, nem deuses. Citando **Scapini** – também juiz gaúcho – afirma **Bueno de Carvalho** sobre a postura de magistrados em outros delitos:

tomam depoimentos quase que telegráficos, sempre indo ao cerne do delito, nos crimes sexuais atuam em sentido oposto: são minuciosos, ricos nos detalhes até os de menos importância, tudo parecendo texto do Marquês de Sade. Num olhar razoavelmente crítico (buscando o que está atrás da realidade aparente) parece que há interesse de um espectador de filme pornográfico (um *voyeur*?). Em verdade, uns dizem (e com certa razão) que em delitos tais é necessário chegar às minúcias porque tudo ocorre, como regra, às escondidas. Será este o real interesse? Será que não há mórbida eroticidade na coleta de dados? Será que não aparece, aí, a ponta do *iceberg* do *estuprador* (sentido lato) que existe em nós? Scapini, o brilhante Juiz, vai pela segunda hipótese. Vez mais (como tantas na vida) estou com ele!¹⁰⁶⁰

No mesmo sentido, **Carvalho Filho**, em tom de literatura, narra a história da oitiva judicial da filha da pretensa vítima de furto de dinheiro, em que os acusados eram seus amigos e junto com ela fizeram uma ‘festa’ na ausência dos pais. Naquela situação, o juiz também foi ‘fundo’ nas indagações, apesar de ser o ‘caso penal’ de crime contra o patrimônio, demonstrando que a ‘perversidade’ irrompe em todos os locais, inclusive nas salas de audiência, e tudo sob o mote de descobrir a ‘Verdade Real’, escondendo motivações inconfessáveis:

Juiz: Sua mãe diz que você não é mais virgem. É verdade? Menina: É, e daí?

¹⁰⁵⁹ BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito...*, p. 3: “Ninguém é máquina, nem mesmo aquele que julga seus semelhantes, o que faz que dele não se possa exigir outra conduta que não aquela falível.”

¹⁰⁶⁰ BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena...*, p. 84-85: “Ao longo dos anos venho tentando analisar e compreender a conduta de Juizes na condução de determinados tipos de processos. Interessante notar como depoimentos, nos processos que tratam de estupro, por exemplo, são minuciosos, contrariando, às vezes, a forma comum de proceder. Isto significa que o questionamento, nesses casos específicos, é minucioso, chegando a detalhes irrelevantes e impertinentes, como se o processo despertasse maior atenção, maior curiosidade, enfim, aguçasse algum sentido. Por isso e por outros tipos de reação frente a tais casos pensei na possibilidade de o Juiz, ser humano, restar envolvido pela história do processo. Em outras palavras: creio que o fato do crime de estupro, atendo-me ao exemplo, pode mexer com a sexualidade do próprio julgador, fazendo com que, inconscientemente, ele se projete na pessoa do réu, ou da vítima, com mórbido prazer ou com intenso sofrimento. Isto poderia redundar em conduta benevolente ou excessivamente rigorosa.’ Seja como for, verdadeira ou não a constatação (não sou psiquiatra e não descarto a possibilidade de estar equivocado), o que me parece evidente é que os Juizes também precisam de alguém para cuidá-los, principalmente, os que trabalham nas áreas criminais, de família e da infância e juventude, onde afloram os mais profundos sentimentos, as mais dramáticas situações.”

Juiz: Olha, menina, você deve responder às perguntas, sem comentários, sem fazer caretas. Entendeu? Você está prestando um depoimento judicial. É coisa muito séria. Você perdeu a virgindade naquele fim de semana? Advogado: Pela ordem, Excelência, os réus não são acusados de delito sexual e... Juiz: Um juiz deve ser minucioso, doutor. [Voltando-se para a menina.] Eu sei que são intimidades, mas eu devo conhecer os detalhes do caso. Sou obrigado a perguntar. Para te proteger, as portas estão fechadas. [agora, com ternura.] Você era virgem? Menina: Não. Minha primeira vez faz dois anos! Juiz: Foi com algum dos réus? Menina: Isso interessa? Juiz: Se eu pergunto, interessa sim. Menina: Não foi com nenhum deles, não! Juiz: E com os réus, você já manteve relações? Menina: Com um deles. Agora... Eu preciso dizer? Juiz: Precisa. Advogado: Excelência, eu... Juiz: Eu já disse que não vou admitir interrupções, doutor. Depois o senhor terá oportunidade para reperguntas. O senhor se contenha, por favor. [Para a menina.] Está bem, você não precisa dizer. Eu permito. Nesse fim de semana houve sexo entre vocês? Sua mãe conta que a cama dela foi usada por vocês. O que aconteceu? Menina: Minha mãe é louca. Juiz: Responda a pergunta. Você é muito atrevida, sabia? Isso não é bom. Menina: Ah..., eu transei na hora de dormir, mas na minha cama, tá? A gente fica junto de vez em quando... Juiz: Que tipo de relações vocês mantêm de vez em quando? Menina: Sexual [Rindo.] Juiz: Eu sei, eu entendi. Quero saber se vocês também fazem sexo anal, coisas diferentes. Menina: Mas por que essas perguntas? Nós não fazemos nada errado. Juiz: Responda à pergunta, garota. Menina: Não e não. Juiz: Ele é seu namorado? Melhor dizer, é melhor para eles. Menina: Não. A gente é só amigo. Juiz: Isso é normal entre vocês, entre pessoas da sua idade? Menina: O que? Juiz: Ter relações sexuais com os amigos. Menina: Ah, às vezes.

1061

4 – Como as decisões no *Estado Democrático de Direito* precisam ser motivadas, para além do ‘policiamento semântico’, é constatável que tal irrupção vem à tona, escapa, tanto assim que é comum se encontrar nos textos reconhecidos pelo *senso comum teórico o deslize, o ato falho*, onde – ensina a *psicanálise* –, aparece a ‘verdade do sujeito’. As expressões: ‘Reza a lei’; ‘Pontifica fulano’; ‘Professa beltrano’; estas e outras maneiras de enunciação, no fundo, demonstram o lugar divino também do enunciador. Mesmo quando há um controle lingüístico, a ‘estrutura’ divina – do Um – esconde-se por detrás do ‘véu democrático’. Esse imbricamento funciona para servir de guardião ao desejo, fixando as barreiras (proibições)¹⁰⁶² impostas pela lei humana, como mandatária da Lei do *Outro*. Mesmo não sendo perceptível no discurso penal, até porque os recursos retóricos

¹⁰⁶¹ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *Nada mais foi dito nem perguntado*. São Paulo: Editora 34, 2001, p. 17-18.

¹⁰⁶² WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 81: “Desta forma, os saberes como intérpretes da lei censuram o desejo ajustando-o às certezas básicas, que eles

tamponam seu aparecer, ela está presente no *ato falho, no lapso*. Para além do *antijurídico*, as concepções *morais e divinas* avivam astutamente. A segurança prometida pela definição material (mundo da vida) da conduta incriminada vinculada a um ‘bem jurídico’, todavia, desfaz-se *na e pela* linguagem. E quanto a isso não há salvação. Sabendo-se que o discurso *consciente* é o local do *engano* e nos *deslizes* pode-se perfeitamente ver irromper a vinculação teológica ao *pecado*, especialmente nas decisões em que se absolve pela dúvida (CPP, art. 386, VI), onde, não raro, se lê: “*É temerário condenar o acusado, baseado unicamente nas provas investigatórias, quando estas não tiveram qualquer respaldo na fase instrutória. (...) Se o acusado cometeu a monstruosa façanha descrita na denúncia [estupro], contra sua própria filha, sua reprimenda escapa à justiça dos homens, restando em seu desproveito a inaplacável justiça de Deus e de sua própria consciência.*”¹⁰⁶³ Ou, ainda, com destaque para o ‘plural’ – que faz pensar...: “*Tenho certeza de que o tempo em que o acusado já permaneceu preso, deve ter servido para se penitenciar de todos os pecados que porventura tivessem (sic) cometido ou até pensado em cometerem (sic) servindo, ainda, para que se conscientizasse para sempre de que a integração total na sociedade como elementos produtivos é melhor caminho, obedecendo não somente as nossas leis, mas principalmente a infalível Lei de Deus.*”¹⁰⁶⁴

Por aí se constata que a divisão entre ‘crime’ e ‘pecado’ escorrega do *inconsciente* do *um-julgador*, trazendo o fundamento de sua ‘missão na terra’: julgar um semelhante, como já restou delineado; constitui-se em ‘mecanismo de desencargo’, não mais retórico, mas divino. A lógica é a de que se o acusado é culpado e a Justiça Divina de primeiro grau falhou, a eterna, o Tribunal de Deus, jamais falhará. Tudo isto numa sociedade (que se diz) democrática! Procede, portanto, a crítica de **Pimentel et alli** referindo-se ao julgado transcrito: “*vale ressaltar que este é um processo em que, mais uma vez, o juiz parece praticamente*

mesmos criaram, quer dizer, que interpretando a lei criam visão de mundo jurista como interdito da sexualidade.”

¹⁰⁶³ PIMENTEL, Silvia, *et alli*. *Estupro: crime ou ‘cortesia’?*: abordagem sociológica de gênero. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 130.

¹⁰⁶⁴ PIMENTEL, Silvia, *et alli*. *Estupro: crime ou ‘cortesia’?*..., p. 149.

*ter 'delegado o julgamento do crime de estupro à justiça divina', talvez para se manter com sua consciência um pouco mais tranqüila.*¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶⁵ PIMENTEL, Silvia, *et alli. Estupro: crime ou 'cortesia'?...*, p. 150.

Capítulo 8º – Epistemologia Garantista como alternativa ao Processo Penal Brasileiro

“Por mais incompetentes que sejam os componentes de um poder judiciário, suas interpretações serão decisivas. Para além da ignorância, a paternidade a legítima e faz coisa julgada.”
Warat

§ 1º – Sistema Garantista (SG) e Processo Penal Brasileiro: um caminho

“Navegar é preciso’ mas para as águas tranqüilas e límpidas do garantismo penal, porto seguro do Estado Democrático de Direito, mola primaz da Constituição Federal do Brasil.” **Luis Guilherme Vieira**

1 – Levando em consideração que este escrito não tem caráter profético, o *Sistema Garantista* (SG) é apresentado como ‘um’ e não ‘o’ caminho possível¹⁰⁶⁶. Até porque, pelo que se criticou, mesmo em sua forma *ideal*, não deixa de ter limitações inafastáveis. Ainda assim, cotejando-se a ‘Epistemologia Garantista’ (Cap. 4º) com a maneira pela qual se (re)produzem decisões no Processo Penal brasileiro, pode-se perceber claramente que a proposta de **Ferrajoli** significa uma evolução democrática¹⁰⁶⁷ em relação à epistemologia meramente lógico-dedutiva, prenhe de asserções *Metafísicas* e *moralizantes*, e incontroláveis, de resto. Com efeito, o modelo *garantista* encontra-se, em tese, *recepicionado* pela ordem constitucional brasileira (Cap. 3º), podendo, de qualquer sorte, ser utilizado como critério de verificação do grau de legitimidade da *epistemologia* brasileira, ou seja, da maneira pela qual são construídas as ‘*verdades processuais*’ penais, restringindo o *grau de discricionariedade, poder de disposição*, do *um-julgador* diante dos ‘casos penais’ concretos.

¹⁰⁶⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. XXI: “O garantismo não é uma religião e seus defensores não são profetas ou pregadores utópicos. Trata-se de um sistema incompleto e nem sempre harmônico, mas sua principal virtude consiste em reivindicar uma renovada racionalidade, baseada em procedimentos que têm em vista o objetivo de conter os abusos do poder.”

¹⁰⁶⁷ WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 1-54.

2 – Assim é que cabe a construção de uma ‘*dogmática processual penal garantista*’ como propugna **Carvalho**, ou seja, de um ‘garantismo processual penal *tupiniquim*’, tendo como marco inicial o *Sistema Garantista ideal* e anteriormente descrito¹⁰⁶⁸. Não sendo suficiente, contudo, restringir a proposta ao simples cotejo do modelo ideal com o brasileiro concreto. A partir da Constituição da República de 1988 é possível a defesa do acolhimento dos axiomas garantistas relendo as regras e princípios do Processo Penal brasileiro, não num discurso fácil de adoção do Sistema Garantista (SG), mas – diz **Miranda Coutinho** – “*tornando-o palatável à racionalidade jurídico-penal brasileira que se não seduz com espelinhos teóricos. A questão, neste aspecto é simples: ou se trata de domesticar o pensamento eurocentrista ou a igreja não se faz povo, como disse Boff.*”¹⁰⁶⁹ Essa importação do modelo garantista de **Ferrajoli** pressupõe uma reflexão mais apurada sobre os problemas e limitações indicados, dentre outros, já que a tese tem uma pretensão aberta ao futuro (Cap. 9º).

3 – O caminho a seguir, então, é o da revisão das ‘regras do jogo’ processual, em parte já realizada no decorrer das mediações anteriores, e da *pseudo metodologia* incidente. De sorte que as ‘regras do jogo democrático’, àquelas que irão fundamentar a legitimidade do provimento judicial, portanto, necessitam ser revisitadas, a partir de uma ‘oxigenação constitucional’ – *validade garantista* – em que além da Constituição da República, os ‘Direitos Humanos’ aderidos devem ser levados em conta (Cap. 3º), tanto na sintonia dos *princípios* quanto nas *regras*, para que tudo não fique num bonito ‘golpe de cena’, como bem acentua **Miranda Coutinho**:

A CR de 88 traçou, como se sabe, uma base capaz de, sem muito boa-vontade, enterrar grande parte do atual CPP, marcado pela concepção fascista do processo penal e ancorado na tradição inquisitória, inclusive da fase processual da persecução, só não percebida por todos em razão da pouca perquirição que se faz das suas matrizes ideológicas e teóricas, a começar pelo velho Código de Processo Penal italiano e seu inescrupuloso difusor e defensor, *camícia nera* de todos os instantes, Vincenzo Manzini. Que ele foi um vigoroso articulador teórico do processo penal italiano não se pode negar; mas que era um terrível fascista –

¹⁰⁶⁸ COELHO, Edihermes Marques. *Manual de Direito Penal: parte geral: a dogmática penal numa ótica garantista*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

¹⁰⁶⁹ MIRANDA COUTINHO. Jacinto Nelson de. *Prefácio*. In: CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. XVII-XVIII.

e expressa isso em sua obra – também não.¹⁰⁷⁰

Inviável, todavia, passar em revista em todas as regras processuais, dado que não se constituem em objeto do escrito. Mesmo assim é possível indicar que implicam significativas modificações procedimentais, valendo destacar, dentre outras¹⁰⁷¹: a) direito de defesa técnica com tempo e meios adequados; b) direito à presunção de inocência e liberdade como regra; c) direito de recorrer, em liberdade, mesmo sem se recolher à prisão; d) direito a juiz competente; e) direito a ampla defesa, com intimação para todos os atos processuais; f) direito ao silêncio e de não se incriminar; g) vedação de *reformatio in pejus*; h) vedação do uso de provas ilícitas, salvo em benefício da defesa; i) direito à publicidade do processo em sua relação; j) proibição do *non bis in idem* processual; l) direito de jurisdicionalização da Execução da pena. Por aí se percebe que as modificações são significativas, não se podendo mais atuar somente se recorrendo ao Código de Processo Penal como se fosse ‘o’ Estatuto Processual Penal, uma vez que suas disposições, muitas vezes *fascistas*, precisam ser democratizadas¹⁰⁷². É urgente a constitucionalização do Processo Penal.

O resultado deste modelo epistemológico ultrapassado se mostra na burocratização da acusação e da decisão. Desprovidas da análise dos princípios necessários à sua legitimidade democrática (lesividade, ofensividade, materialidade, necessidade, etc.), restringe-se à análise formal da subsunção da conduta ao tipo penal, que apesar de ser cômoda, não atende ao modelo democrático preconizado pela Constituição.

4 – Em face disso, as aproximações e críticas que se seguem pretendem adequar ao máximo possível o *Sistema Garantista* (SG) ao campo processual penal brasileiro – de cariz *inquisitório* e *fascista* –, especificamente no tocante às ‘garantias processuais’ e as ‘inferências’ da decisão (Cap. 4º), sem que se analise, pelo limite imposto, as ‘garantias penais’, no entanto, já esboçadas, sem prejuízo de tocá-las

¹⁰⁷⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do Processo Penal..., p. 32.

¹⁰⁷¹ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro...*, p. 114-125; GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos...*, p. 182-308; CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal...*,

¹⁰⁷² CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 33.

eventualmente. A par do caráter *transdisciplinar* almejado¹⁰⁷³, críticas *sociológicas*, *filosóficas*, dentre outras, poderiam ser manejadas e acrescidas, mas o *corte epistemológico* efetuado neste escrito, impede-as.

§ 2º – Garantismo e Decisão: os espaços de poder

1 – A pretensão de que a decisão penal seja uma mera aplicação lógica (formal) é ilusória, eis que a *singularidade* do caso analisado não se adapta *pari passu* aos tipos penais, havendo sempre a atividade *cognitiva* e *hermenêutica*. Salvo se adotada a matriz ultrapassada da ‘*Filosofia da Consciência*’ imbricada com a ‘*Verdade-Metafísica*’ é que se pode admitir a atividade meramente subsuntiva da sentença judicial, adequada, de certo modo, à herança Escolástica.

2 – **Ferrajoli** afirma, nesta linha, que: “o juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela.”¹⁰⁷⁴ Daí decorre a visão de um *juiz-máquina*, pasteurizado de valores, construído pela lógica binária utilizada pelos computadores, gerando as perspectivas cibernéticas da construção de verdadeiros ‘RoboJudge’, para lembrar os descabros virtuais da película ‘RoboCop’¹⁰⁷⁵. Mesmo assim, pode-se consultar diversas propostas nas quais se reconhece o interesse *pragmático*, vinculado à utilidade para o homem, das evoluções jurídico-cibernéticas¹⁰⁷⁶. Todavia, a par do encobrimento da questão hermenêutica, somente temas muito singelos seriam ‘decididos’ por computadores. Os ‘*Hard Cases*’, para usar a expressão de **Dworkin**, jamais poderiam, conquanto a própria pretensão do *Juiz-Hércules* beba nessa fonte onipotente. Isso se dá porque sempre há espaços para preenchimento de *sentido* e, lembre-se, somente o homem é *ser-aí*, na gramática *heideggeriana* o computador não ‘ex-siste’ (Cap. 5º).

¹⁰⁷³ WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização..., p. 7: “A reivindicação da transdisciplinaridade aparece num momento de consciência da crise de paradigmas que produzem o conhecimento científico e da necessidade de sua superação, preenchendo a lacuna apresentada através da flexibilização e intercâmbio entre os pesquisadores e os saberes por eles produzidos.”

¹⁰⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*..., p. 33.

¹⁰⁷⁵ MATOSINHOS, Déa Rita. RoboCop, o policial do futuro (O futuro da paz urbana). In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 197-204, 2002.

¹⁰⁷⁶ ROVER, Aires José (Org.) *Direito, Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2000.

3 – Evidentemente que esse processo de *coágulo de sentido* encontra-se de certa forma cercado pelas *garantias penais e processuais* propostas pelo *Sistema Garantista (SG)*, desde que cientes de suas limitações – os obstáculos indicados –, que obrigam a ‘verdade processual’ a andar se equilibrando pelo fio da *navalha da linguagem*. De sorte que relendo o que **Ferrajoli** denomina como ‘parcelas de poder’¹⁰⁷⁷, cabível estabelecer uma ‘*estrutura condicional do ato decisório*’, acolhendo-se o modelo da ‘*tríplice inferência*’: a) *inferência indutiva* (de fatos/provas); b) *inferência dedutiva* (dedução legal); e c) *silogismo prático* (de disposição/aplicação). Pressupõe, contudo, que as ‘*garantias orgânicas*’ relativas à posição do juiz – a *independência*, a *imparcialidade*, a *responsabilidade*, a *separação* entre juiz e *acusação*, o *juiz natural*, a *obrigatoriedade da ação penal*, dentre outras – estejam satisfeitas mediante a assunção de uma postura *eminentemente acusatória*, consoante dispõe a Constituição da República. As ‘*garantias procedimentais*’, de seu turno, vinculadas à produção probatória em contraditório, preparatória da decisão – a *contestação de uma acusação exatamente determinada*, o *ônus da prova*, o *contraditório*, a *modalidade dos interrogatórios e dos outros atos instrutórios*, a *publicidade*, a *oralidade*, os *direitos da defesa efetivamente existentes e com paridade de armas*¹⁰⁷⁸, a *motivação dos atos judiciais e outros* –, da mesma forma devem ter sido respeitadas¹⁰⁷⁹. Somente assim, os *significantes* se mostram democraticamente produzidos.

4 – Conseqüência disso é que impossível a crença *Metafísica* na objetividade perfeita, devendo-se estabelecer critérios mínimos e racionais para controle de abusos judiciais, ciente, ainda, dos próprios limites do processo (Cap. 7º). Cabe acrescentar, de outro viso, que a construção do *inconsciente* do *um-julgador* deixou evidenciado que não se pode buscar uma perfeição subsuntiva. É que sempre existe

¹⁰⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 34: “Estes quatro espaços de poder desmentem irremediavelmente a versão clássica do modelo penal garantista, conferindo-lhe um caráter utópico ou, como se diz, ideal. Isto não impede que o modelo, convenientemente redefinido, possa ser satisfeito em maior ou menor medida segundo as técnicas legislativas e judiciais adotadas.”

¹⁰⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 490-491: “Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações. A primeira dessas duas condições exige que o imputado seja assistido por um defensor, de modo a competir com o Ministério Público.”

¹⁰⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 433/434.

no processo cognoscivo a opção por hipóteses interpretativas¹⁰⁸⁰, em face dos fatos apresentados, com franca influência, aqui, da ‘Filosofia da Linguagem’, mormente *heideggeriana* (Cap. 5º).

§ 3º – A neutralidade e o ‘Show do Juiz Truman’

“Se no jogo não há juiz, não há jogada fora da lei.” Humberto Gessinger

1 – Pelo recorte efetuado no Cap. 6º, restou desterrada a possibilidade de ‘neutralidade’, ou seja, do juiz PH 7, dividindo-se, com **Werneck Vianna**, a atuação do Poder Judiciário no fenômeno da ‘Judicialização da Política, em dois eixos: *substancialistas (Cappelletti-Dworkin) x procedimentalistas (Habermas-Garapon)*. Desta opção depende, em muito, os rumos da decisão, mormente se acolhido o critério ético material proposto por **Dussel** (Cap. 2º), consoante assevera **Portanova**: “*A sentença, dada a sua especialíssima condição de exercício de poder por quem possua a indispensável formação acadêmica, tem um dever social: difundir o jogo político no Direito. Cabe apontar o que entenda sejam defeitos e injustiças. A motivação sentencial deve deixar clara a compreensão do julgador quanto à questão ideológica no funcionamento da sociedade.*”¹⁰⁸¹

Ferrajoli acode a essa percepção sem que, todavia, tenha indicado um caminho convincente, pois seu apego à semântica o impediu de efetuar o ‘giro lingüístico’. De qualquer forma, alinhou que dentre os limites da ‘verdade processual’, materializado pela impossibilidade de *neutralidade* do órgão julgador, dado que “*por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos. A imagem proposta por Beccaria do juiz como ‘investigador imparcial do verdadeiro’ é, sob este aspecto, fundamentalmente ingênua.*”¹⁰⁸²

¹⁰⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 33: “A interpretação da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente cognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas.”

¹⁰⁸¹ PORTANOVA, Rui. *As motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 152-153.

¹⁰⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 46.

2 – De fato, não se pode pretender um juiz ‘*pasteurizado de valores*’, somente com muito esforço ilusório e sedutor, cuja imagem, todavia, **Lowy** destrói em passagem singular:

Liberar-se por um esforço de objetividade das pressuposições éticas, sociais ou políticas fundamentais de seu próprio pensamento é uma façanha que faz pensar irresistivelmente na célebre história do Barão de Münchhausen, ou este herói picaresco que consegue através de um golpe genial, escapar ao pântano onde ele e seu cavalo estavam sendo tragados, ao puxar a si próprio pelos cabelos... Os que pretendem ser sinceramente seres objetivos são simplesmente aqueles nos quais as pressuposições estão mais profundamente enraizadas. Para se liberar destes ‘preconceitos’ é necessário, antes de tudo, reconhecê-los como tais: ora, a sua principal característica é que eles não são considerados como tais, mas como verdades evidentes, incontestáveis, indiscutíveis. Ou melhor, em geral eles não são sequer formulados, e permanecem implícitos, subjacentes à investigação científica, às vezes ocultos ao próprio pesquisador. [...] Sua pretensão à neutralidade é às vezes uma ilusão, às vezes um ocultamento deliberado, e, freqüentemente, uma mistura bastante complexa dos dois.¹⁰⁸³

3 – A difusão, pois, da *neutralidade axiológica* do julgador não passa de embuste, mito, capaz de *funcionar* como aplacador da dimensão política do jurídico¹⁰⁸⁴, deixando o julgador alienado tal qual ‘Truman Burbank’, protagonista da película ‘O Show da Vida’ (‘The Truman Show’), na qual sua existência era *artificial*, um programa de TV, em que vivia num cenário perfeito e falso. Sua família, sua casa, seus sentimentos, sua situação no mundo, nada era, enfim, verdadeiro. O juiz *neutro* encontra-se neste cenário de plena felicidade por acreditar que está levando sua própria vida, talvez precisando de uma voz, como se deu no filme, para avisar aos incautos, que o cenário onde se desenrola a ação não é falso, mas, sublinhe-se, *totalmente controlado*.

Daí que com **Cappelletti**, pode-se dizer que:

Se es verdad que las concepciones filosóficas, políticas, culturales e ideológicas penetran, directamente o por vía del derecho sustancial, en el proceso y en su reglamentación concreta, imprimiéndole ciertas direcciones, significados, desarrollos que la mera letra de la norma mal sabría revelar; si esto es verdad, entonces parece también la insuficiencia metodológica de cierto formalismo

¹⁰⁸³ LOWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. Trad. Juarez Guimarães. São Paulo: Cortez, 1998, p. 32-33.

¹⁰⁸⁴ LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar Direito, hoje?...*, p. 9: “De toda sorte, a neutralidade é apenas um disfarce: ali se esconde o conservador encabulado, que não ousa dizer o que mais lhe apetece (ou será que apê-deesse?). O que importa não é ser neutro (se ninguém o é) ou engajado (já que todos são): é achar o engajamento certo e defendê-lo, sem frouxidão, nem sectarismo.”

dogmático como el que surge a menudo de los estudios que nosotros los juristas nos son familiares.¹⁰⁸⁵

Existe sempre alguém que ‘mexe as cordinhas’, e quanto menos ele aparece, quanto menos se sabe dele, melhor é a dominação. ‘Truman Burbank’ acreditava viver sua realidade, os juízes também; e como costuma-se dizer: qualquer semelhança com a realidade é mera coincidência. No filme a porta se abriu, no mundo jurídico é preciso arrombá-la para que se possa sair desse ‘efeito vertigem’. O *um-juiz* possui uma carga *ideológica* inafastável e o *senso comum teórico* só-nega. Žižek destaca bem: ‘*Eles não sabem o que fazem*’, e, que o lugar apropriado para a difusão da ilusão é na própria realidade, no efetivo processo social, no qual “*a lei é a Lei*”.¹⁰⁸⁶

4 – A pretensão formal de **Kelsen** na aplicação do Direito não salva mais, uma vez que como pontua **Marques Neto**:

No pensamento kelseniano, por exemplo, ele supõe, de um lado, que o sujeito pode ser neutro e, de outro, que a linguagem pode ser pura. Ora, aí faz o quê? Limito-me a aplicar a lei até no sentido mais literal possível, mas a lei é não neutra, a lei é ela própria uma escolha entre várias. Por que as leis são essas e não outras, por que elas consagram esses valores e não outros? (...) A lei é um comando que nada tem de neutro. Daí que, se o Juiz aplica neutramente a lei, que não é neutra, ele também não é neutro. A própria lei contamina a neutralidade do Juiz, o que não quer dizer que o Juiz deve ignorar a lei.¹⁰⁸⁷

5 – A estrutura formal do crime, com efeito, propicia que o raciocínio seja situado à margem do mundo da vida, com o objetivo claro de naturalizar a aplicação de sanções. Assim, “*obscurece o caráter contingente das instituições jurídicas, enraizadas em transitórias formas de organização social. Depois, este procedimento gera uma ilusão de ahistoricidade em relação às mesmas instituições, enquanto as recobre com o manto teórico-dogmático, invariável, atemporal, supostamente neutro.*”¹⁰⁸⁸

§ 4º – ‘Princípio da Legalidade Estrita’: seu caráter retórico

1 – O *contexto social*, os intrincados processos de ‘redefinição semânticas’, as intenções, o *inconsciente*, enfim, uma série de fatores inapreensíveis na sua

¹⁰⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad...*, p. 26-27.

¹⁰⁸⁶ ŽIŽEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem...*, p. 63-64.

¹⁰⁸⁷ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *O Poder Judiciário na Perspectiva...*, p. 50.

¹⁰⁸⁸ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 24.

totalidade, emergem no *ato* decisório. Com a *pragmática* e a *hermenêutica* o sujeito transcendental, único, restou desterrado, reconhecendo-se a *singularidade* do indivíduo formatado em face de suas condicionantes culturais e principalmente do *desejo*. O fenecimento do sujeito solitário, base das teorias epistemológicas, deu o passo decisivo para abrir caminho à *intersubjetividade* de mãos dadas com o *inconsciente* do *ser-aí-juiz* (Cap. 5º).

2 – Nesse pensar, a importância dada pela ‘Escola Clássica’, pelo *Iluminismo* e pelo *Sistema Garantista* (SG) ao ‘Princípio da Legalidade’, deve ser revisto, não para o negar, mas para reconhecer seus limites e as possibilidades de manejo democrático. O ‘Princípio da Legalidade Estrita’, segundo **Ferrajoli** (Cap. 4º), exige um cuidado especial do Poder Legislativo no estabelecimento dos tipos penais e depois do Judiciário ao aplicá-los, constituindo-se em *regra semântica metalegal de formação da linguagem legal*, cujos requisitos buscam evitar o arbítrio hermenêutico, e são:

a) que os termos usados na lei para designar as figuras de delito sejam dotados de extensão determinada, por onde seja possível seu uso como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos empíricos por eles denotados; b) que com tal fim seja conotada sua intensão com palavras que não sejam vagas nem valorativas, mas o mais claras e precisas possível; c) que enfim sejam excluídas da linguagem legal as antinomias semânticas ou, pelo menos, que sejam predispostas normas para sua solução.¹⁰⁸⁹

3 – O ‘otimismo semântico’ de **Ferrajoli**, na linha *Iluminista*, acredita ingenuamente, como visto (Cap. 5º), que mediante técnica legislativa apurada se possa colmatar o problema da polissemia da linguagem¹⁰⁹⁰, desprezando, por assim dizer, toda a construção hermenêutica contemporânea, aprisionado que está na concepção da ‘*Filosofia da Consciência*’, na melhor tradição *vienense*. O ‘Círculo de Viena’ e a perspectiva de dar-se conta da interpretação a partir de conceitos *semanticamente* rigorosos, cotejado com a ‘viragem lingüística’ e o descortinar do *uso*, da *pragmática*, evidenciou sua insuficiência. Apesar disso, o *senso comum teórico dos juristas* permanece buscando a segurança do pleno sentido, a ser

¹⁰⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 99.

¹⁰⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 100-101: “Está claro, em todos estes casos, que a *vacuidade*, a *valoratividade* e a presença de *antinomias* na linguagem legal dependem do caráter obscuro e redundante das leis e de seu vocabulário, e que poderiam ser reduzidas, se não eliminadas, por uma técnica legislativa mais conforme ao princípio da legalidade estrita.”

descoberto, na fé científica da dogmática jurídica¹⁰⁹¹. Por certo a rigidez *semântica* pode contribuir para a ‘certeza do direito’. Entretanto, a pretensão de ‘segurança jurídica’ escorre na linguagem pelas *redefinições retóricas de sentido*. Mas tudo isso é maquiado pela dureza epistemológica que partindo da persuasão – política – da segurança do ‘Princípio da Legalidade’ agregado a uma visão lógica da atividade jurisdicional, garantida pelo *Outro*, faz com que se creia ser o resultado o mais racional e democrático possível.

Cunha destacando seu ‘valor persuasivo’, sustenta que:

O princípio da legalidade dos delitos e das penas não constitui uma garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado. Não determina precisamente a esfera da ilicitude penal e, diversamente do que afirma doutrina, não assegura a irretroatividade da lei penal que prejudica os direitos do acusado. Tampouco estabelece a lei escrita como única fonte de incriminações e penas, impede o emprego da analogia em relação às normas incriminadoras ou, ainda, evita a criação de normas penais postas em linguagem vaga e indeterminada. Em verdade, as regras do ‘*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*’, ‘*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*’, ‘*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*’ possuem caráter retórico. E isto ocorre porque o sentido das palavras da lei penal não emana de sua letra ou dos limites de sua legislação escrita. A significação das expressões penais, de suas incriminações e penas, decorre de um complexo processo de convenção social, histórica, conjuntural, ideológica, que determina a interpretação.¹⁰⁹²

Isso porque, as palavras não possuem o fundamento ôntico, um sentido primevo capaz de ser descoberto por métodos interpretativos, devendo-se andar *no fio da navalha da linguagem*, salvo se informada a interpretação pela ‘Filosofia da Consciência’¹⁰⁹³. E após o recorte efetuado, fica evidenciado que o aspecto *pragmático* da linguagem, acrescido de uma visão *antiessencialista* da linguagem produz significativas modificações no *otimismo semântico neopositivista* de **Ferrajoli**, mais diretamente: *o deixa órfão*.

¹⁰⁹¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 45: “Em suma, a dogmática jurídica se apresenta como uma ciência sem epistemologia, com contornos incertos entre as opiniões rapsódicas e os raciocínios sistemáticos. É uma atividade que se assenta mais em atitudes epidérmicas e emotivas, traduzidas em raciocínios aparentemente rigorosos, do que em um autêntico trabalho de teorização. Lhe negamos, portanto, o ‘status’ de cientificidade. Não se pode buscar efetuar hoje um trabalho que pretenda exhibir o título de científico sem o nível epistemológico.”

¹⁰⁹² CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 17.

¹⁰⁹³ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 18: “Seguem atrelados a uma concepção formalista e atrasada do objeto do direito penal e continuam emprestando ao princípio da legalidade um significado político e jurídico que o mesmo não possui.”

§ 5º – Desvelando a (in)segurança do ‘otimismo semântico’

1 – Para os herdeiros *vienenses*, o ‘tipo penal’ funcionaria como uma garantia contra *arbitrariedades*, eis que somente se prevista antecedentemente à conduta, pode ser acionado. E a pretensão de **Ferrajoli** navega nitidamente nas águas da rigidez da demarcação do território semântico, mas com **Saussure** se aprendeu que os signos nada significam por si mesmos, dado que a ‘arbitrariedade’ lhes é constitutiva (Cap. 5º). Pelo que se construiu até agora, impossível essa perspectiva, porque o Direito utiliza a linguagem coloquial, nos quais a *vagueza* e *ambigüidade* são inafastáveis. Das de *vagueza* evidente como ‘ofensa ao pudor’, ‘mulher honesta’, às, em tese, seguras semanticamente¹⁰⁹⁴, há espaço para *deslocamentos* de sentido, como no caso de ‘lesões corporais’, na qual pode se discutir sua ocorrência nos casos de ‘consentimento do ofendido’¹⁰⁹⁵: jogos esportivos, competições motorizadas, tratamento médico, mudança de sexo (transexualidade)¹⁰⁹⁶, dentre outras. Por isso **Warat** conclui que as promessas da teoria dogmática no sentido de que é vedada a ‘irretroatividade da lei’, a ‘necessidade de norma escrita’, o ‘uso da analogia’ e a ‘proibição de incriminações vagas e indeterminadas empiricamente’, constituem-se em ‘promessas de amor’, “aquelas que se formulam os amantes quando sabem que não poderão ser cumpridas”¹⁰⁹⁷, porque:

Em função de tais características as palavras da lei penal são necessariamente vagas, ambíguas e suscetíveis de uma redefinição significativa no ato de sua interpretação. O juiz pode, então redefinindo o sentido dos termos da legislação, punir um indivíduo por fato não previsto com anterioridade; pode também basear sua decisão em uma fonte material, distinta da lei escrita, utilizando este mesmo processo de redefinição. Com relação à analogia explica a lógica contemporânea que todo ato de intervenção judicial implica em uma atividade analógica, onde a adequação ao tipo, e do tipo a um comportamento, opera-se mediante um processo de seleção de semelhanças e diferenças. Sobre a proibição de incriminações vagas e indeterminadas nem há que falar, frente às características da linguagem natural, inapelavelmente vaga ou ambígua. Afinal, deve-se ressaltar que é a própria análise do direito positivo que contradiz esses princípios. A

¹⁰⁹⁴ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 64: “Mesmo expressões como homem, casa, membro, etc., apontam a objetos que reclama um juízo histórico e valorativo para serem identificados como tal. De outra parte, qualquer elemento descritivo suporta sempre uma vagueza potencial, a qual implica em dúvida sobre a pertinência do objeto a ele aproximado.”

¹⁰⁹⁵ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹⁰⁹⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

¹⁰⁹⁷ WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas..., p. 13.

despeito da longa elaboração doutrinária para desfazer determinadas evidências, casos como o da interpretação autêntica, da norma penal em branco, do recurso à analogia indicado pela própria lei, dos elementos normativos do tipo, estão a demonstrar o caráter retórico e fictício do princípio da legalidade.¹⁰⁹⁸

2 – A situação de impossibilidade de cognição do ‘caso penal’, aponta **Ferrajoli**, chega a patamares patológicos nos ‘tipos penais em branco’, como nos casos de *adultério, ato obsceno*¹⁰⁹⁹ e *desacato*, cujo preenchimento de sentido efetuado pelo juiz navega em águas amplas e depende da vontade do timoneiro. Os destinos do processo guiado pelo julgador dependem exclusivamente de sua vontade (*in*)*consciente*; condenação e absolvição independem de qualquer elemento probatório¹¹⁰⁰. A mesma situação se verifica no tocante às qualificadoras do homicídio previstos no § 2º, do art. 121, do Código Penal: qual a *verificabilidade* empírica da *torpeza, crueldade, futilidade*? Nenhuma, salvo se há fixação do *critério* de sua mensuração que, todavia, por não ser ‘regulado’ por lei viola a base do ‘Princípio da Legalidade Estrita’ e, de outra banda, independe das provas produzidas. Na hipótese de *futilidade*, uns afirmam que ‘a ausência de motivos demonstra a ‘futilidade’ e se acrescenta: ‘a perplexidade’. Tudo se encontra, no caso brasileiro, na dependência do *Teatro-Júri*, onde as atuações performáticas e pirotécnicas dos atores responsáveis pela peça-teatro-processo é mais importante do que a conduta do acusado; da rivalidade de encenação entre acusação e defesa, na maioria dos casos, depende o futuro de um cidadão que recebeu, em tese, a garantia democrática e o direito de não ser condenado subjetivamente, mas que na

¹⁰⁹⁸ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 210.

¹⁰⁹⁹ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *Nada mais foi dito nem perguntado...*, p. 65-71. O autor narra a oitiva do cabo da ‘guarda municipal’ que fez a prisão de um casal homossexual que estava dentro de um carro, à noite, em local escuro, nos seguintes termos: “Advogado 1: Excelência, o que, exatamente, estavam fazendo os réus quando os policiais chegaram? Cabo: Ah, isso não deu para ver. Advogado 1: Mas como, Excelência, o depoente efetuou a prisão dos réus pelo crime de ato obsceno e não sabe dizer que ato obsceno é esse? Juiz: O senhor disse que eles estavam fazendo sexo. Afinal, o que o senhor viu? Cabo: Eles estavam fazendo sexo... Juiz: O que significa fazer sexo? Cabo: Ah, meritíssimo, fazer sexo é fazer sexo. Sei lá. Eles tavam se pegando, se fossem homem e mulher eu ia dizer que era amasso. Sei lá. Advogado 1: Eles estavam se beijando, é isso? Cabo: Eu disse, estava escuro, não dava para ver muita coisa. Dava para ver que eles estavam dentro do carro. Mas coisa boa eles não iam fazer naquele lugar, não é? Advogado 1: É inacreditável, Excelência, os réus são acusados de um ato obsceno que ninguém viu... Nem a Polícia. Eu pergunto ao depoente se a Guarda Municipal recebe instruções superiores para reprimir homossexuais? Cabo: A gente recebe instrução para reprimir toda criminalidade e levar para a delegacia. Quando eles ficam na rua fazendo pouca vergonha, a gente prende.”

¹¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 32: “Comportamentos como o ato obsceno ou o desacato, por exemplo, correspondem a figuras delituosas, por assim dizer, ‘em branco’, cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, remete inevitavelmente, muito mais do que as provas, a discricionárias valorações do juiz, que de fato esvaziavam tanto o princípio formalista da legalidade quanto o empírico da fatualidade do desvio punível.”

prática depende muito desse fator subjetivo-emocional emitido em face dos jurados¹¹⁰¹, escolhidos entre a classe média, para julgar, via de regra, pobres, tendo razão **Streck** ao sustentar o cinismo da lógica elitista de recrutamento, pois: “*matem-se entre vós que nós os julgaremos entre nós.*”¹¹⁰² Mas nada disso é discutido no *senso comum teórico*, conformando-se, os atores jurídicos, em grande parte pela incapacidade teórico-prática, em cumprir o ritual e suas pompas. Aliás, o Júri e suas pompas agrada, e muito, os orgulhosos atores jurídicos.

3 – No que se refere à *antijuridicidade*, salvo por alguma ‘causa de justificação’ poderá ocorrer a condenação. Assim, ‘legítima defesa’, ‘estrito cumprimento de dever legal’, ‘estado de necessidade’ e ‘exercício regular de direito’ podem retirar a carga *antijurídica* da conduta (CP, art. 23). Acrescente-se a isso que o ‘contexto’, a ‘adequação social’ podem também deslocar a *antijuridicidade*, como por exemplo na hipótese de ‘difamação’ perpetrada entre familiares numa festa que, conquanto formalmente se adapte ao tipo penal, não é *antijurídica* por ser aceita socialmente¹¹⁰³, ou, ainda, no caso de toda a torcida ao xingar o árbitro numa partida de futebol, impossível se prender todos em flagrante. Ademais, em pleno ‘carnaval’, muitas outras condutas são toleradas em nome de ‘Baco’¹¹⁰⁴.

Neste campo, de igual maneira, pode-se proceder a *redefinições* nas palavras da lei conforme a subjetividade, manejando-se, por exemplo, o ‘estado de necessidade social’ (furto famélico) e o ‘exercício regular de direito’. No último caso, considerando-se os valores pessoais do julgador, responde-se à seguinte questão: existe estupro entre casados? *Sim* e *não* são possíveis. Retoricamente a escolha se constrói redefinindo a causa de *antijuridicidade*. As exculpantes podem ser, então, uma saída retórica para quem se dá conta, porque a maioria, lançada na *inautenticidade* acredita que encontrou, depois de percorrer *step by step* a receita-ritual, a verdade.

¹¹⁰¹ Uma centelha dessa situação pode ser encontrada no filme “12 homens e uma sentença”. Apesar de a realidade anglo-saxã autorizar a discussão do caso pelos jurados – diversamente do Brasil, no qual os jurados são impedidos de se comunicar –, as motivações internas e extra-processuais, na película, deixam evidenciado que a decisão ‘culpado ou não’ é informada por preconceitos, ideologias, religiões, história pessoal, dentre outros elementos. Nada é tão neutro ou racional como se propala aos quatro cantos: a atmosfera é absolutamente *kafkaniana*.

¹¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri...*, p. 18.

¹¹⁰³ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 67: “Algumas vezes, uma conduta é formalmente adequada ao tipo, não está amparada pelas excludentes estabelecidas e, ainda assim, não se considera que materialmente realize o tipo.”

¹¹⁰⁴ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito ao Direito II...*, p. 66.

§ 6º – O curinga da manga: o significante ‘bem jurídico’

1 – Com efeito, no fundo, a noção de ‘bem jurídico’ exerce uma função *retórica*¹¹⁰⁵ no ordenamento jurídico, podendo ser bem explorada pelos atores, desfazendo, portanto, a prometida ‘segurança jurídica’ hipotecada pelo ‘Princípio da Legalidade’. No raciocínio empreendido, a modificação do *significante* ‘bem jurídico’ tutelado altera o resultado, movimentando-se astutamente no meio da dogmática jurídica¹¹⁰⁶.

Nessa construção abre-se espaço para que mediante o recurso ao ‘bem jurídico’ modifique-se as soluções da jurisprudência e os juízos de valor do julgador, como por exemplo ocorre com frequência, diz **Warat**¹¹⁰⁷, no *estupro* (CP, art. 213), quando ao invés da liberdade sexual – deveria ser contra a pessoa –, a questão é deslocada para *honestidade* da vítima¹¹⁰⁸, ‘sua resistência’¹¹⁰⁹ ou ‘deveres do casamento’, este no caso de estupro entre cônjuges. Com essa artimanha, não interessa mais a conduta do acusado, mas apenas se a vítima é *digna e merecedora* do ‘paternalismo Estatal’, estando ela em julgamento, consoante se verifica nesta manifestação do Ministério Público: “*Será justo, então, o réu Fernando Cortez, primário, trabalhador, sofrer pena enorme e ter a vida estragada por causa de um fato sem conseqüências, oriundo de uma falsa virgem? Afinal de contas, esta vítima,*

¹¹⁰⁵ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 72.

¹¹⁰⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 197-198: “Os juízes contam com um grande arsenal de argumentos que os permite mudar os sentidos normativos predominantes, criando a impressão de que essas mudanças estão já de algum modo legislativamente previstas. Como as normas estão construídas em linguagem natural pode-se perfeitamente manter suas expressões mudando-se o sentido das mesmas, mediante a adjudicação de significações distintas. (...) Mediante a teoria do bem jurídico o juiz muda uma linha de solução tradicional afirmando que o objeto jurídico formal (bem jurídico) sobre o qual incide uma conduta, não é aquele requerido para a configuração do tipo, ou, então, que o tipo está equivocadamente situado no título, e que a sua realização atinge um bem diverso constante nesse título.”

¹¹⁰⁷ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 196.

¹¹⁰⁸ PIMENTEL, Silvia, *et alli*. *Estupro: crime ou ‘cortesia’?*..., p. 147.

¹¹⁰⁹ PIMENTEL, Silvia, *et alli*. *Estupro: crime ou ‘cortesia’?*..., p. 181-182: “A narração da vítima não condiz à convicção de que tenha se utilizado de meios eficazes para evitar a consumação do alegado estupro, muito menos do rapto e do cárcere privado de que se diz sofrido. Pois, como entende a Jurisprudência, ‘uma jovem estuprada há de se opor razoavelmente à violência, não se podendo confundir como inteiramente tolhida nessa repulsa quem nada fez além de gritar e nada mais. A passividade que muitas vezes se confunde com a tímida reação, desfigura o crime, por revelar autêntica aquiescência’ (in RT 429/400). E mais, ‘... o dissenso da vítima há de ser enérgico, resistindo ela com toda sua força o atentado. Não se satisfaz com uma posição meramente simbólica, um não querer sem maior rebeldia. Seria preciso, para a tipificação do estupro, que a vítima, efetivamente, com vontade incisiva e adversa, se opusesse ao ato. E a narrativa da querelante, posto que partida de mulher honesta, conduz à convicção de que não se utilizou ela de meios eficazes para evitar a consumação do atentado.’ (in RJTJSP, 62/372).”

*amorosa com outros rapazes, vai continuar a sê-lo. Com Cortez, assediou-o até se entregar (fls.) e o que, em retribuição lhe fez Cortez, uma cortesia...*¹¹¹⁰

2 – Na Espanha, somente a partir de 1989 foi aceito o estupro dentro do casamento, sendo certo, ademais, que a discriminação de *gênero* não assola somente o Brasil, uma vez que conforme noticiam **Valiente e Pardo**: “*Hay uno [julgado] de 1997, en el que la Audiencia de Barcelona rebajó la pena a un marido que violó a su esposa ao estimar que un ataque sexual cometido por el esposo es menos grave que si lo cometiese un desconocido.*”¹¹¹¹ Isto é, o ‘estupro’ do dito cônjuge é menos grave, afinal ela já conhecia o órgão *ad hoc*....

3 – Este recurso retórico pode também ser manejado no caso de uso de substâncias tóxicas (Lei n. 6.368/76), modificando-se o ‘bem jurídico’ tutelado. Ao invés da ‘incolumidade pública’, coloca-se a ‘integridade física’, e como ninguém pode ser condenado sem uma ação ofensiva a terceiros, no caso, tratar-se-ia de auto-lesão, passando a *latere* da captura semântica da lei¹¹¹², conforme, aliás, decidiu a Corte Suprema Argentina, ao declarar inconstitucional a criminalização de pequenas quantidades de droga para consumo próprio¹¹¹³.

4 – Nos crimes de ‘perigo abstrato’ ou ‘imputação objetiva’¹¹¹⁴, foi criada a diferenciação entre ‘desvalor do resultado’, ‘desvalor da ação’, entre o ‘risco permitido’ e ‘proibido’ e, segundo **Galvão**: “*Para a identificação do risco proibido deve-se observar os princípios do incremento do risco permitido e da finalidade*

¹¹¹⁰ PIMENTEL, Silvia, *et alli*. *Estupro: crime ou ‘cortesia’?*..., Conquanto se possa fazer restrições às concepções criminológicas e processuais das autoras, seu apanhado empírico demonstra como a violência de gênero é tolerada retoricamente nas decisões.

¹¹¹¹ VALIENTE, Quico Tomás; PARDO, Paco. *Antología del disparate judicial*..., p. 63-69.

¹¹¹² OMO, Rosa del. *A face oculta da droga*. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990; RODRIGUEZ, César. *La Decision Judicial – El debate Hart Dworkin*..., p. 68-89; BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 66; BATISTA, Vera Malaguti. O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel. *Revista Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5, n. 12, p. 191-192; CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1997; WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*..., p. 196.

¹¹¹³ SCKMUNCK, Romina. A. Represión de la tenencia de estupefacientes para uso personal. In: *Direito penal & Criminologia. Anais do XIII Congresso Latino-Americano, V Ibero Americano e I do Mercosul de Direito Penal e Criminologia*. Curitiba: Juruá, [s.d.], p. 251-259: “En dichos fallos se establece que: El art. 19 C.N impone límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18 C.N, sino como aquellas que no ofendan al orden, a la moralidad pública, esto es que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismos, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones.”

¹¹¹⁴ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 66: “A imputação objetiva não depende das circunstâncias psíquicas dos intervenientes, mas do sentido social do comportamento.

protetiva da norma.”¹¹¹⁵ Percebe-se, pois, que a *verificabilidade* da conduta é aspecto contingente, quiçá impossível, eis que se estruturam, na verdade, na perspectiva do ‘*mala in se*’, como bem sustenta **Warat**: “*toda a dogmática penal é, consciente ou inconsciente, caudatária e reprodutora do pensamento jusnaturalista.*”¹¹¹⁶

5 – Enfim, os *requisitos retóricos* funcionam para desterrar a ‘prometida segurança’ cantada em prosa e verso pelo *senso comum teórico*. “*Conclui-se, portanto, que tanto como a regra da legalidade, o princípio de que não há pena sem culpa, tem estatuto de ficção jurídica, destinado a criar a imagem de segurança e não arbitrariedade da ordem normativa. Embora apontados como leis científicas na construção da chamada ciência do direito penal esses princípios são regras retóricas e argumentativas.*”¹¹¹⁷

§ 7º – A catequese do *senso comum teórico*: a doutrina e jurisprudência do ‘Monastério dos Sábios’

“Nunca somos tão sinceros como quando somos incoerentes.”
Oscar Wilde

1 – Diante da Lei do *Outro*, o *senso comum teórico* cumpre a lição da *Escolástica*, reportada por **Legendre** pela máxima: “*interpretação demais é como tocar piano com um martelo! Semelhante gracejo, mais profundo do que diz, visava a dissuadir do esforço interpretativo, tido como ilícito, isto é, subversivo para além de uma certa fronteira familiar designada como intransponível.*”¹¹¹⁸ No campo da interpretação, o *senso comum teórico* faz um verdadeiro *loteamento* das falas autorizadas, estabelecendo de antemão a forma pela qual se dá a “*gramática de produção, circulação e reconhecimento dos discursos do direito.*”¹¹¹⁹ Sem o preenchimento desses *requisitos de validade*, o enunciador do discurso não está apto, isto é, não é reconhecido, diga-se *ordenado*, na *sacrossanta* missão de revelar a palavra secreta escondida por detrás do texto legal, em suma, a *verdade* do *Outro*.

¹¹¹⁵ GALVÃO, Fernando. *Imputação Objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 132.

¹¹¹⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 201.

¹¹¹⁷ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 219.

¹¹¹⁸ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 10.

¹¹¹⁹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 75.

Em face desse ‘efeito alienante’, **Warat** propõe, a partir do saber produzido pelo *senso comum teórico dos juristas*, a denominação de *juridicismo*, o qual mesclando a lei, o saber e o poder advindo do *Outro*, confere ao discurso jurídico dos autorizados, o adjetivo de sagrado, tanto assim que se encontram argumentos do seguinte jaez: *reza a lei... amém*¹¹²⁰. Mediando a lei e o desejo, o *senso comum teórico dos juristas* será o ‘cão de guarda’ do processo intersubjetivo, barrando a participação dos sujeitos, os quais passam a receber denominações jurídicas, na forma da lei, de autor/réu, requerente/requerido, suplicante/suplicado. Substantivações ou adjetivações que, como pontua **Streck**, deveriam envergonhar. Nem se fica, todavia, corado, facilitando a remessa da decisão para o plano ideal, sem rostos, nem vida, tão-somente raciocínios lógico-dedutivos. O divino, rebatizado agora sob o pálio da ciência, mantém a estrutura do poder, antes religioso, cuja funcionalidade de agir por mandato do Pai também justifica a obediência.

O ‘juridicismo’ entendido por **Warat** – a partir do saber ‘legalista’ trazido por **Legendre** – como “*um conjunto de conhecimentos destinados a fazer funcionar uma sociedade, na perspectiva em que opera a lei,*”¹¹²¹ de mãos dadas com o ‘cientificismo’¹¹²², auto-autoriza-se a realizar a *passagem aos mortais* da palavra divina, dando um caráter mágico ao ato. Dito de outra forma: a *verdade* está dada e advém do *Outro*, sendo que o papel do intérprete-glosador, desde que reconhecido como tal pelo *senso comum teórico* é o de, com caráter profético e enigmático, *dizer o Verbo*, afinal, nunca é demais lembrar: *no início era o Verbo*.

2 – Para que se esforçar de maneira vã, se o discurso do **Mestre (Lacan)**¹¹²³ pode oferecer os *significantes* necessários à *salvação*? Ademais, é sempre um risco saber demais, e os ‘juristas-tenentes’ estão aí, aptos e adestrados, para emitir o discurso a ser consumido, censurando, por certo, as ‘ovelhas negras’, aquelas que quiserem se desgarrar do *rebanho domado*, imputando a estes, muitas vezes, adjetivações jocosas e, se forem de pouca idade, o epíteto de ‘alternativo’ – ‘MM

¹¹²⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 77: “O juridicismo, então, legitima o discurso que contém o oráculo do poder, legitima o funcionamento social da lei, como uma palavra enigmática, que demanda a presença de glosadores sacralizados.”

¹¹²¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 76.

¹¹²² WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 76-77: “O cientificismo pode ser caracterizado como o sistema de representações constitutivas do imaginário das ciências sociais, na versão da tradição positivista. Esse imaginário exalta as possibilidades de uma ciência das ciências, que seja ao mesmo tempo crítica científica à filosofia.”

¹¹²³ LACAN, Jacques. *O seminário: o avesso da psicanálise...*

Juiz: Menino Maluquinho Juiz’ –, talvez porque o *outro* represente, nessa hipótese, aquilo que **Lacan** indicou como ‘*amódio*’¹¹²⁴. “*Criar, ousar, criticar, sonhar, parece que é local reservado aos exóticos, aos rebeldes, cuja estrutura em determinados locais, procura expelir.*”¹¹²⁵

De sorte que a *doutrina*, cuja designação já indica sua função ‘catequisante’, e a *jurisprudência* se apresentam como fábricas ‘*fast-food*’ de sentido. A *doutrina*, de uma maneira geral, é alimentada pelo ‘Monastério dos Sábios’, isto é, quem for membro reconhecido possui maior credibilidade para produzir o sentido a ser consumido, e daí em diante – entre *eles* – “*citar é citar-se*”, como diz **Warat**¹¹²⁶.

Alinhe-se que a *quase totalidade* dos membros ainda trabalha na perspectiva da ‘Filosofia da Consciência’ e, portanto, acreditam fingida ou ingenuamente que estão descobrindo a *verdade* da norma, por meio da aplicação do método hermenêutico correto¹¹²⁷. **Streck** sintetiza a dinâmica:

Nas práticas dos operadores jurídicos isso ocorre de forma difusa, através de uma (im)perceptível (e constante) produção de *standards* significativos, destinados ao consumo da comunidade jurídica. Desse modo, com a aparência da busca do ‘real’ sentido do texto jurídico, mediante a utilização de artifícios do tipo a busca da *mens legis*, do espírito do legislador, da *ratio essendi* do Direito etc., e na crença da existência de um legislador racional, constróem-se, parafraseando Umberto Eco, ‘simulacros de enunciações’, que nada mais são do que o resultado de uma rede de ficções que se põe a serviço de efeitos de verdade do enunciado, mas a verdade da enunciação no que diz respeito a sua cota de verossimilhança.¹¹²⁸

3 – Ao seu lado, a usina *jurisprudencial* é outra fonte de ‘sentidos pré-fabricados’ pelo próprio Estado, neste caso via Poder Judiciário. Articula **Cunha** que a doutrina e a jurisprudência, pois, “*cumprem duas funções bem definidas. Primeiro redefinem o que é ou não crime e, em segundo lugar, servem de ‘mecanismo*

¹¹²⁴ LACAN, Jaques. *O seminário: mais, ainda...*, p. 122.

¹¹²⁵ BUENO DE CARVALHO, Amilton. O juiz e a jurisprudência..., p. 9.

¹¹²⁶ WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos...*, p. 70.

¹¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 134: “Este processo estabelece-se a partir da prática de uma ‘metodologia didático-casuística’, que produz uma cultura estandarizada, dentro da qual o jurista vai trabalhar no seu dia-a-dia com soluções e conceitos lexicográficos (que são transformados em ‘categorias’, como se fossem ‘universais’, aptos ao exercício ‘dedutivo-subsuntivo’ do ‘intérprete’), recheando, desse modo, metafisicamente, suas petições, pareceres e sentenças com ementas (verbetes) jurisprudenciais ahistóricas e atemporais.”

¹¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 213-214.

*paliativo de desercargo’ do julgador. Passam a ser, então, ‘fábricas de argumentos retóricos’.*¹¹²⁹

Ferrajoli reconhece, de seu turno, que em sendo preciso julgar, e não se tendo um Sistema Garantista (SG) ideal – proposta impossível, ademais –, os atores jurídicos e principalmente os juízes, preenchem semanticamente o vazio dos ‘tipos penais’, utilizando-se, para tanto, da vastíssima gama de ‘Repertórios Jurisprudenciais’, os quais irão permitir escolhas arbitrárias e *ad hoc*:

Uma vez que um código é também uma espécie de dicionário da linguagem jurídica, composto por redefinições convencionais de termos extraídos da linguagem comum, os repertórios de jurisprudência produzidos anualmente pela atividade interpretativa dos tribunais podem ser concebidos como inesgotáveis compilações de redefinições judiciais das redefinições legais, dentre as quais os juízes escolhem, para fins de subsunção, as de sua preferência. É, ademais, inevitável que este enorme volume de redefinições produza em seu conjunto o efeito de aumentar, mais do que reduzir, o caráter polissêmico e redundante do vocabulário jurídico.¹¹³⁰

4 – Com esta artimanha, o ‘Princípio da Legalidade Estrita’ resta fortemente abalado, dado que o que é proibido não está na lei, mas sim nas *redefinições* legais operadas, tal qual os ‘glosadores’, desde o *senso comum teórico* e escolhidas – com as implicações hermenêuticas e psicanalíticas –, como que numa vitrine, pelos juízes, na maioria das vezes em processos anti-democráticos e à despeito dos argumentos invocados pelas partes (Cap. 7º), como deixa evidenciado **Ferrajoli** no seguinte exemplo:

Precisamente, chamarei *poder de denotação jurídica* ou de *interpretação da lei* ao exercido pelo juiz ao denotar um sujeito fático (em nosso exemplo, ‘um beijo’), mediante um predicado legal apropriadamente redefinido por ele com termos de extensão determinada (‘são obscenos todos os beijos dados em público’); e *poder de denotação fática* ou de *interpretação dos fatos* ao exercício pelo juiz ao denotar com um predicado legal (‘obsceno’) um sujeito fático expressamente conotado por ele com os termos de extensão indeterminada usados na lei (‘Tício beijou Cássia obscenamente’). ‘Freqüentemente, estas duas formas de denotação potestativa (e integradora) são alternativas entre si, no sentido de que basta uma só delas para tornar possível a dedução jurídica, frustrando a reserva absoluta de lei: ou a integração da premissa jurídica, que permite a verificação empírica da premissa fática, ou a integração da premissa fática, que permite a verificação analítica da

¹¹²⁹ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 24.

¹¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 103.

premissa jurídica.¹¹³¹

§ 8º – ‘Em-Nome-do-Pai’: a relação de filiação entre o Juiz e o Tribunal

1 – Nesse processo de escolha/filiação, **Bueno de Carvalho** assinala que as ‘redefinições’ jurisprudenciais servem tanto para *emancipar* quanto para manter o *status quo*, especialmente se mantida a base hermenêutica objetificante própria da ‘Filosofia da Consciência’, e a troca de dogma, a lei pelo precedente jurisprudencial. E, ademais, em alguns casos, o ato simbólico de filiação ao Tribunal – o Pai – pode fazer com que *(in)conscientemente* se estabeleça uma relação de *subserviência*, *negação* e *reflexão democrática* entre os acórdãos do Tribunal-Pai e as sentenças do Juiz-Filho:

Há o juiz que está na infância (que pode perdurar para sempre). Aquele que tem o pai por ídolo, que tem apenas um sonho: agradar o pai. Mais: seu desejo quando ‘crescer’ é ser igual a ele. O número daqueles que permanecem na infância é importante. E qual a forma mais comum de agradar o pai? Aderir sua sapiência, reconhecer a inteligência dele. Seu saber é o que interessa. E como o saber do pai é expresso em acórdãos, seu continente é um: transcrever, sempre e sempre, a vontade-jurisprudência do seu superior. Então a melhor sentença, na visão daquele que assume a condição de pai (ou seja, quer que se lhe agrade), é aquela que mais copia acórdãos – os seus acórdãos preferentemente. (...) Mas nesta relação, outros parecem permanecer na adolescência: querem destruir o pai. Seu inimigo externo, sempre e sempre, é o tribunal. Tudo o que acontece na vida tem um culpado: o tribunal. (...) O número não é significativo. Outros, porém, parecem assumir a maturidade: o tribunal é apenas o tribunal! Tem defeitos, como também virtudes, como qualquer grupo humano. Dele emergem decisões preciosas que merecem ser seguidas e outras não. É composto de alguns competentes e outros não, uns sérios e outros não, uns trabalhadores e outros não. Ou seja, é composto de homens com toda a sua dimensão e como tais, e não como ‘pais’, devem ser vistos. Esse filho chega à real independência do tribunal e segue seu caminho para além da vontade ‘paterna’. Está disposto a ousar e a criar, quer o pai aplauda, quer não. (...) Evidente que este juiz, que é razoavelmente livre causa mal-estar no tribunal que se julga pai. (...) Parece que não suporta que o filho caminhe sozinho, enquanto o pai-democrata percebe que ganhou um parceiro da caminhada, um igual que contribui para o avanço do direito.¹¹³²

2 – Ainda que discordando de sua matriz da ‘Filosofia da Consciência’, cabe invocar a crítica de **Maximiliano** ao uso invariável da *jurisprudência* sem uma maior reflexão, geradora da alienação sobre o Direito, descarregados de

¹¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 104.

¹¹³² BUENO DE CARVALHO, Amilton. O juiz e a jurisprudência..., p. 10-11.

responsabilidades, no vácuo paterno, lançados na *inautenticidade* do ‘a gente’ (Heiddeger):

Aos magistrados que acham meritório não ter as suas sentenças reformadas (prova apenas de subserviência intelectual) e seguem, por isso, de modo absoluto e exclusivo, a orientação ministrada pelos acórdãos dos tribunais superiores, Pessina recorda o verso de Horácio: os demasiado cautos e temerosos da procela não se alteiam ao prestígio, nem à glória: arrastam-se pela terra, como serpentes – *serpit humi tutus nimium timidusque procelloe*.¹¹³³

De sorte que a escolha das redefinições legais pode estar condicionadas também pela ‘preguiça mental’ denunciada por **Maximiliano** e ao desejo de agradar o Pai-Tribunal indicada por **Bueno de Carvalho**, dentre outras circunstâncias, além das condicionantes ‘criminológicas’, ‘midiáticas’ e do *inconsciente* do *um-juiz*, os quais funcionam como ‘mecanismos paliativos de desencargo’ (**Miranda Coutinho**) do peso do julgamento, crendo-se sempre que a determinação do conteúdo da decisão vem iluminada pelo *Outro*.

3 – Cabe destacar que como o ‘rebanho jurídico’ anda se *desgarrando* em demasia, gerando – dizem – ‘insegurança na aplicação do direito’, ganham corpo propostas como a edição de ‘súmulas vinculantes’ ou mesmo a aferição do número de decisões reformadas como índice de promoção na carreira, tudo para manietar o *um-juiz* emancipado do Tribunal e que incomoda. Tal qual um ‘programa de milhagem’, uma decisão confirmada renderia pontos, enquanto uma reformada a perda, trocando-se, ao final, por uma promoção, o que, em tempos de ‘eficiência total’, mostra-se como uma proposta tanto mais sedutora quanto *fascista*. A *eficiência* estaria completa com a exclusão, da carreira, daqueles que não obtivessem um patamar de pontos.

§ 9º – A forclusão do Juiz Inquisidor e Paranóico

“Narciso acha feio o que não é espelho.” Caetano Velloso

1 – Em face da crítica efetuada, a postura prevalente de interpretação, via método, colmatadora da ‘epistemologia’ herdada da *Modernidade*, não pode ser mais acolhida tranqüilamente. Isto porque a visão da ‘Filosofia da Consciência’ atua

¹¹³³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito...*, p. 183.

com quadros mentais *paranoicos* (**Cordero**), atendendo a seguinte dinâmica: *objeto* – textos normativos – à frente, *método* nas mãos, o intérprete do *senso comum teórico dos juristas* têm a *certeza* de que ‘a norma lhe diz, ele descobriu’ ou então ‘ouviu a voz do Legislador, ele me disse’, o que, se ocorresse num *set* terapêutico, por certo seria enquadrado como *paranóia*. O juiz, nesse pensar, *sabe o que o Outro diz e quer dizer* com as normas jurídicas, num *delírio jurídico* que obtém aprovação e legitimidade universal. Dito de outra forma, super-ego se fa(e)z carne pelo Verbo: o Real é possível para ele.

2 – Esse quadro mental *paranóico ad-hoc* (ela, a *paranóia* como uma das modalidades de *psicose*) pode apresentar, segundo **Lacan**¹¹³⁴, como característica essencial a *foraclusão* do *Nome-do-Pai* no lugar do *Outro* (Cap. 1º), experimentando-se *delírios* de interpretação, numa regressão ao *narcisismo* e concentração no gozo do *Outro*. Próximo à *neurose* e diferente da *esquizofrenia*, o *paranóico* é a aderência ao significante *Um*¹¹³⁵ (S1), o significante mestre do qual se encontra preso. **Lacan** aponta que o mecanismo está retido na *foraclusão* do *Nome-do-Pai*. **Freud** já havia afirmado que a *paranóia* decorre da recriminação à experiência de gozo que ao ser recordada traz consigo um *desprazer*. O *significante* do gozo, no ‘*neurótico obsessivo*’, é seguido por uma auto-recriminação que é *recalcada*, apresentando o *sintoma* primário da *escrupulosidade*, formando o casal gozo-culpa. É eternamente *culpado* pelo encontro com o gozo, substituído por outros na cadeia de *significantes*, mas mantendo, contudo, a *estrutura*. Aparece em consequência da representação no *Simbólico* da interdição primária, do trilhamento *edipiano*¹¹³⁶. Já na *paranóia* não existe a recriminação, ou seja, não está inscrita a crença no *Nome-do-Pai*, retornando como uma alucinação sobre o sujeito, dado que preso sob o *significante mestre* é retido, *não deslizando na cadeia de significantes* e, então, o *foracludo* retorna ao *Real*. O desejo da mãe não é barrado, encontrando-se o sujeito alienado ao *significante*.

Nesse lugar de *Um*, todos os demais significantes se referem a ele, tornando-se como diz **Quinet**: “o centro do mundo, aquele a quem todos se dirigem e com o

¹¹³⁴ LACAN, Jacques. *O seminário: as psicoses...*, 2002.

¹¹³⁵ QUINET, Antonio. O número um, o único..., p. 11-25.

¹¹³⁶ QUINET, Antonio. O número um, o único... p. 15: “É o que aparece com clareza quando colocamos a mãe no lugar do encontro com o sexo e o pai como representante da lei. Temos, por um lado, a estrutura edipiana do

*qual todos são hostis.(...) É nas relações com as pessoas que ele interpreta, delira. Em um ambiente hostil, querem persegui-lo. Muitas vezes sofre quieto, sem se queixar, só ruminando, até que, um dia, desenvolve um delírio.*¹¹³⁷ No imbricamento entre o *foraclusão* e o *Outro*, surgem signos que são sinais do *Outro*, no qual o sujeito projeta o ideal, na crença de comprovar a certeza que lhe é pressuposta¹¹³⁸.

3 – Qualquer semelhança com o Processo Penal e o Sistema Inquisitório, pois, não é mera coincidência. O lugar do *Juiz Inquisidor* guarda características paranóicas por excelência; Vossa Excelência diz a *verdade* projetada desde antes e retida no *significante* mestre, por esse sujeito que se acredita único, tal qual **Schreber**. Com efeito, diz **Quinet**, “o paranóico que se acredita esse *Um único* pode querer encarnar o *Outro* para todos os outros – posição que o aproxima do canalha. Presunçoso, sabe o que é bom para os outros, como conduzi-los e como fazê-los gozar, seja do saber, seja da vida eterna ou do paraíso.”¹¹³⁹ Mas não adianta buscar salvá-lo da armadilha do aprisionamento do desejo, porque a ‘Instituição’ se apoderou de seu discurso e ele, como responsável por extirpar o mal da terra, encontra-se alienado¹¹⁴⁰. Afirma **Legendre**: “O inquisitor realiza mecanicamente sua função, trazendo pela instituição uma *Salvação*; não é sensato zombar dele, pois ele não pode ouvir nem entender a crítica.”¹¹⁴¹ Não é mais ele, mas o cumpridor de uma tarefa social importantíssima, tal qual **Eichmann**, cooptado pelo discurso (*nazista*) do *amor-ao-poder*, como demonstrou **Borges** (Cap. 2º). A adubação *Imaginária* é perfeita e sutil, manipuladora da posição e da verdade daí resultante.

4 – Logo, a pretensão de construir uma *ciência formal*, materializada pela dogmática jurídica e sua pretensão de uma hermenêutica unitária, desta feita, é arrostada pela intersecção pela *psicanálise*, desnudando a co-produção do

sintoma neuótico e, por outro, a articulação de dois significantes (a representação da experiência de gozo e a recriminação) que bastam logicamente para constituir a cadeia significante do inconsciente.”

¹¹³⁷ QUINET, Antonio. O número um, o único... p. 17.

¹¹³⁸ QUINET, Antonio. O número um, o único... p. 17: “A interpretação delirante estabelece a significação (‘querem me matar’) ainda suspenso no fenômeno inicial da auto-referência mórbida, no qual o sujeito é tomado de perplexidade diante do enigma desses sinais que vêm do Outro. A interpretação delirante (S2) restabelece a cadeia significante, partida como efeito da *foraclusão* do Nome-do-Pai, articulando-se ao S1 ao qual está fixado o sujeito – S1 que pode ter sido soprado por uma voz ou inventado por ele mesmo –, arrancando-o da perplexidade e jogando-o na certeza delirante.”

¹¹³⁹ QUINET, Antonio. O número um, o único... p. 18.

¹¹⁴⁰ SANTNER, Eric L. *A Alemanha de Schreber...*, p. 8: “O paranóico e o ditador sofrem de uma doença do poder, que implica uma vontade patológica de sobrevivência exclusiva e uma disposição ou mesmo um impulso concomitantes de sacrificar o resto do mundo em nome dessa sobrevivência.”

¹¹⁴¹ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 28.

inconsciente nesse inscrever. Quem ‘mexe as cordinhas’ sabe muito bem em que local colocar o Juiz, empurrando-o para este local *paranóico*. Debruçando-se sobre o lugar do Juiz no Processo Penal, **Cordero** já havia constatado este quadro:

El inquisidor labora mientras quiere, trabajando en secreto sobre los animales que confiesan; concebida una hipótesis, sobre ella edifica cábalas inductivas; la falta del debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoide; tramas alambicadas eclipsan los hechos. Dueño del tablero, dispone las piezas como le conviene: la inquisición es un mundo verbal semejando al onírico; tiempos, lugares, cosas, personas, acontecimientos fluctúan y se mueven en cuadros manipulables. (...) Juego peligroso, pues el escribiente redacta con libertad, selectivamente atento a sordo a los datos, según que convaliden o no la hipótesis; y siendo las palabras una matéria plástica (los acusados las lanzan como torrentes), cualquier conclusión resulta posible; el estro poético desarrolla un sentimiento nascista de omnipotencia, el el cual desaparece cualquier cautela de autocrítica.¹¹⁴²

5 – No campo jurídico brasileiro, cuja estrutura propicia esse ‘estado *ad-hoc*’, os magistrados – de regra – incorporam a função da lei do *Outro* e têm a certeza dessa verdadeira missão, muitas vezes, de extirpar o ‘mal’ da terra, informados pelo discurso *positivista* e *neoliberal* reproduzido pela ‘Mídia’ da ‘Lei e Ordem’ (Cap. 6º)¹¹⁴³. Sustenta **Lacan**: “*acreditam nisso para valer, ainda que através de uma consideração superior de seu dever de encarnar uma função na ordem do mundo, pela qual elas assumem bastante bem a imagem da vítima eleita.*”¹¹⁴⁴ Projetam-se no *ideal*, por mandato do *Outro* e tem a certeza de serem; o *Imaginário* é atravessado e aparece no *Real*, eles não têm a dúvida do sujeito *neurótico clivado*, eles são o *Um*, o *ideal* dos outros, impondo daí seu modelo, suas verdades, claro, como se deu com a falácia desenvolvimentista da *Modernidade* denunciada por **Dussel** (Cap. 2º). Dentro de sua *normalidade de fachada*, projeta-se no *outro*, não sendo raro condená-lo, diz **Miranda Coutinho**: “*A anormalidade, todavia, pode aparecer, como de fato aparece, quando alguém quer resolver seu problema pessoal projetando a solução na desgraça alheia, o que não é incomum em nossos dias.*”¹¹⁴⁵

¹¹⁴² CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*, v. 1..., p. 23.

¹¹⁴³ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias...*, p. 25: “O inquisidor, representante divino, é órgão de acusação e julgamento, figura sob a qual não podem pairar dubiedades, ou seja, trata-se de ente ‘semidivino’ cuja atividade não admite o dissenso, pois, em última análise, colocar-se-ia em dúvida a própria figura onipresente e perfeita do Todo Poderoso.”

¹¹⁴⁴ LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 152.

¹¹⁴⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Efetividade do Processo Penal...*, p. 36.

De sorte que a estrutura ‘paranóica’, no Processo Penal, aparece sutilmente, eis que encoberta por *recursos retóricos ordenados*, tanto na assunção de uma *postura inquisitória na gestão da prova*, quanto na *interpretação* da conduta. Com efeito, nesse movimento de auto-refêrência, na instrução probatória tudo se refere a ele (Juiz Inquisidor)¹¹⁴⁶, seja um olhar do acusado, uma palavra ambígua da testemunha, um olhar perdido, é tido como algo que *não aconteceu por acaso* e refere-se a ele, e aí.... e aí.... condena-se, manejando-se recursos retóricos. Afinal, o Juiz agindo por mandato do *Outro*, possui o poder formal de dizer a *verdade* no caso em julgamento. Mesmo que seja um ‘neurótico’, ‘obsessivo’, ‘esquizofrênico’ no mundo da vida extra-jurídica (se é que é possível), pelo menos nesses dois momentos assume uma postura absolutamente *paranóica*, agravada se partidário de movimentos de recrudescimento da repressão, como ‘tolerância zero’, ‘Lei e Ordem’¹¹⁴⁷.

Por isto que alguns que se dão conta da situação não suportam o fardo, mudam de Vara. **Legendre**, sobre o *locus*, assevera: “*Nenhum jurista pode fazer nada quanto a isso e pouco importa que ele saiba; ele ocupa seu quadrado, seu jardim fechado, hortus conclusus, dizia de maneira excedente o texto medieval.*”¹¹⁴⁸ Seu silêncio, todavia, não muda a estrutura que, por omissão, acaba com ela compactuando. Ainda que se esteja nesse local-processual, existe uma tarefa inafastável de democratização do Processo Penal brasileiro que passa pela modificação da postura ‘paranóica’, agravada, ainda, pela contingência da exclusão social e os movimentos de recrudescimento penal que sobrecarregam o fardo do ‘paranóico-juiz’ na defesa social da sociedade. Mas talvez quando se tenha certeza de que se não está mais neste lugar paranóico, o ego tenha vencido, de vez.

¹¹⁴⁶ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 52: “All’economia verbale típica del formalismo agonistico accusatorio l’inquisizione oppone parole a diluvio: inevitabile qualche effetto ipnotico-vertiginoso-alucinatorio; fatti, tempi, nessi, svaniscono nel caleidoscopio parlato; nessun processo finirebbe mai se chi lo ordisce a un dato punto tagliasse il filo; e lo fa quando voglia, preché há mano libera.”

¹¹⁴⁷ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*, v. 1..., p. 22-23: “Provisto de instrumentos virtualmente irresistibles, el inquisidor tortura a los pacientes como quiere; dentro de su marco cultural pesimista el animal humano nace culpable; estando corrompido el mundo, basta excavar en un punto cuualquiera para que aflore el mal. Este axioma elimina todo escrúpulo en la investigación.”

¹¹⁴⁸ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, 35

§ 10 – Inferência Indutiva: construção probatória de *significantes* em face da acusação

1 – Rompendo-se com a postura *paranóica* e desde o modelo de tripla inferência proposto pelo Sistema Garantista (SG), a primeira etapa do raciocínio jurídico tendente à sentença é composto pela verificação empírica da acusação, em procedimento contraditório, no qual as ‘garantias penais’ e ‘processuais’ estejam satisfeitas, postando-se, ademais, o juiz como árbitro – sistema acusatório – na ‘gestão da prova’ e não como seu produtor¹¹⁴⁹ (Cap. 7º).

Invocando a contribuição de Hume¹¹⁵⁰ e Popper¹¹⁵¹, Ferrajoli irá apontar que no momento da ‘inferência indutiva’, probatória, a ser construída no decorrer da instrução processual, sem que se saiba de antemão, como acontece na dedução, a veracidade da premissa. A conclusão final, portanto, é apenas uma das hipóteses explicativas possíveis, decorrentes de um procedimento jurisdicionalizado e, desta feita, diferente do científico em geral, balizado por restrições, limites e tempo. Porém, caso o raciocínio jurídico se apodere de um ‘indutivismo ingênuo’, advindo de generalizações causais, a conclusão das premissas é *mascarada*. Na lógica da causa-efeito, nem sempre o efeito decorre da mesma causa, deslegitimando, assim, as generalizações universais. A singularidade do caso, especialmente o conteúdo probatório, é que pode gerar hipóteses mais ou menos comprováveis, rejeitando-se a *causalidade* extrema entre as hipóteses de fato e as conclusões, como se verifica, por exemplo, na ‘presunção’ jurisprudencialmente construída de que ‘*quem está com o produto do furto, presume-se o seu autor*’; para além da ingenuidade¹¹⁵², essa verdadeira ‘inversão do ônus da prova’, como se costuma afirmar, fere de morte a

¹¹⁴⁹ LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 165-167; PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54-57.

¹¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 105: “Os acontecimentos, como demonstrou Hume, não seguem necessariamente um ao outro e, portanto, não é possível ‘demonstrar’ sua conexão causal, mas simplesmente sustentá-la como plausível, graças a generalizações idôneas baseadas na experiência passada.”

¹¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 108-109.

¹¹⁵² SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Trad. J. Oliveira Santos. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 130-131: “Alípio, pois, passeava diante do tribunal, sozinho, com as tábuas e o estilete, quando um jovem estudante, o verdadeiro ladrão, levando escondido um machado, sem que Alípio o percebesse, entrou pelas grades que rodeiam a rua dos banqueiros, e se pôs a cortar o seu chumbo. Ao ruído dos golpes, os banqueiros que estavam embaixo alvoraçaram-se, e chamaram gente para prender o ladrão, fosse quem fosse. Mas este, ouvindo o vozerio, fugiu depressa, abandonando o machado para não ser preso com ele. Ora, Alípio, que não o vira entrar, viu sair e fugir precipitadamente. Curioso, porém, saber a causa, entrou no lugar. Encontrou o machado e se pôs, admirado, a examiná-lo. Bem nessa hora chegam os guardas dos banqueiros, e o surpreendem sozinho,

lógica do Processo Penal democrático. Toda conduta resta sub-repticiamente escamoteada – satisfazendo-se, em regra, o acusador, o defensor e o juiz com essa ‘presunção’ *inconstitucional* –, acolhida, é certo, pelo manancial jurisprudencial editado pelo *senso comum teórico* e pela ignorância dos atores jurídicos.

2 – A *inferência indutiva*, pois, primeira etapa do raciocínio garantista, demanda que a acusação seja clara em relação à conduta imputada, isto é, que descreva uma hipótese – uma pretensão de validade – a ser comprovada durante a instrução processual¹¹⁵³. **Carvalho e Wunderlich** discorrem:

É básico afirmarmos que no Estado Constitucional Democrático de Direito o indivíduo tem o direito público subjetivo de responder à acusação estatal com todas as garantias inerentes à sua defesa. O direito de defesa ampla e a submissão dos atos e fórmulas processuais ao princípio do contraditório dão o norte ao processo penal constitucional. Nessa senda, o exercício da defesa a partir da formulação de uma acusação explícita é o corolário dos princípios da ampla defesa e do contraditório. É possível sustentar, ainda, que as denúncias genéricas, fundadas em estruturas multitudinárias, indicam clara opção por modelos de responsabilidade penal objetiva ao não especificar condutas, autoria e formas de participação, postulando condenação simplesmente pelo dano produzido. (...) No Estado Constitucional Democrático de Direito, instrumentalizado processualmente em matéria processual penal pelo sistema acusatório, a acusação deve sempre atender aos requisitos legais e constitucionais. Resta, à evidência, que a individualização de condutas configura-se elemento essencial a qualquer iniciativa na apuração da responsabilidade criminal.¹¹⁵⁴

3 – Com a pretensão de validade acusatória exposta individualmente é possível dar início ao processo, abrindo-se espaço para, em igualdade de condições¹¹⁵⁵, produzir-se os *significantes* probatórios. Essa igualdade de condições efetiva preconiza que desde o início do processo as partes participem e fiscalizem os atos judiciais, inclusive o interrogatório que, até a edição da Lei n. 10.792/2003, era

empunhando o machado, a cujos golpes, alarmados, haviam acudido. Prendem-no, levam-no, e gloriam-se diante dos inquilinos do fato por ter apanhado o ladrão em flagrante, e já o iam entregar aos rigores da justiça.”

¹¹⁵³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 90: “O texto da denúncia, por isso, deve ser claro, preciso, categórico e de tal modo explícito que, mesmo à rápida leitura, seja possível a identificação de todos os contornos da acusação.”

¹¹⁵⁴ CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. Criminalidade Econômica e Denúncia Genérica: uma prática inquisitiva. In: BONATO, Gilson. *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 203-222.

¹¹⁵⁵ BONATO, Gilson. Por um efetivo ‘Devido Processo Penal’. In: BONATO, Gilson (Org.). *Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 129-132.

tida por alguns ainda como ‘ato privativo do ‘juiz inquisidor’, e se acrescenta, com **Bueno de Carvalho**: “*Juízes, Hipócritas*”¹¹⁵⁶.

§ 11 – Inquérito Policial, Provas (inu)tilizáveis e Admissão da Acusação

“Crueldade gratuita é o limite extremo da barbárie.” **Jurandir Costa Freire**

1 – Destaque-se, por básico, que a *pseudo-prova* produzida no ‘Inquérito Policial’ somente pode servir para análise da condição da ação¹¹⁵⁷, ou seja, dos elementos necessários para o juízo de admissibilidade positivo da ação penal. No mais, não há qualquer possibilidade de valoração democrática, no Processo Penal constitucionalizado, por ser ela desprovida das garantias processuais. É que quando de sua produção ainda não existia acusação formalizada, despreza o defensor – além de alguns ainda negarem a publicidade dos atos – e, ademais, viola a garantia de que seja produzida em face de juiz imparcial, sob contraditório¹¹⁵⁸. Decorrência direta do princípio da publicidade é a conclusão de somente as provas produzidas (*significantes*) em face do contraditório é que podem ser levadas em consideração nos debates e também na decisão judicial. A prova indiciária não deve adentrar validamente no debate porque, por evidente, não havia acusação quando colhida, violando, dentre outros, o princípio da publicidade. Logo, as declarações prestadas naquele momento são – para se utilizar o estatuto probatório italiano, perfeitamente aplicável ao brasileiro –, absolutamente *inutilizáveis*, conforme lição de **Tonini**:

O termo inutilizabilidade descreve dois aspectos do mesmo fenômeno. Por um lado, indica o ‘vício’ que pode conter um ato ou um documento; por outro lado, ilustra o ‘regime jurídico’ ao qual o ato viciado é submetido, ou seja, a não

¹¹⁵⁶ BUENO DE CARVALHO, Amilton. Nós, Juízes, Inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (Org.). *Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 1-11.

¹¹⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa Causa no Processo Penal: Conceito e Natureza Jurídica. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 199-200: “A *plausibilidade jurídica da imputação feita*, que ganha expressão na exigência de *justa causa* (CPP, art. 648, I) ou *fumus boni iuris* (prova mínima do crime e pelo menos indícios de autoria), é condição inafastável de procedibilidade (leia-se: de viabilidade da abertura do processo); o exercício do direito de ação penal somente pode ser reputado regular se presente a justa causa. (...) Na ausência de justa causa e diante da omissão do juiz em analisar esse requisito no limiar da ação penal, não resta outro caminho (ao acusado) senão a impetração de *habeas corpus* (visando o trancamento da ação penal, indevidamente exercida e incorretamente recebida).”

¹¹⁵⁸ PIZA, Evandro. Dançando no escuro: apontamentos sobre a obra de Alessandro Baratta, o sistema penal e a justiça. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 106-108.

possibilidade de ser utilizado como fundamento de uma decisão do juiz. A inutilizabilidade é um tipo de invalidade que tem a característica de atingir não o ato em si mas o seu ‘valor probatório’. O ato pode ser válido do ponto de vista formal (por exemplo, não é eivado de nulidade), mas é atingido em seu aspecto substancial, pois a inutilizabilidade o impede de produzir o seu efeito principal, qual seja, servir de fundamento para a decisão do juiz.¹¹⁵⁹

2 – No Processo Penal democrático, o conteúdo do Inquérito Policial está maculado pela ausência de contraditório, sendo utilizável exclusivamente para análise das questões prévias (condições da ação e pressupostos processuais aplicáveis¹¹⁶⁰), em decisão fundamentada, a ser proferida pelo juiz no momento do recebimento da denúncia/queixa¹¹⁶¹, conquanto haja renitência de assim proceder, informados que estão pela tradição *inquisitória*:

Constitui uma anomalia imperdoável a praxis consistente em receber a peça acusatória ‘burocraticamente’, sem nenhum exame (prévio e cauteloso) da presença da justa causa (em todos os cartórios, lamentavelmente, há um ‘carimbo voador’ que avança contra toda peça acusatória que se aproxima para nela deixar a sua marca indelével; contra esse carimbo voador temos que erguer o art. 93, IX, da CF, que exige do juiz (constitucionalista) fundamentação de todas as suas decisões.¹¹⁶²

Infere-se, pois, tanto uma burocratização da acusação como de seu recebimento, ou seja, desprovida de análise dos princípios necessários à sua legitimidade democrática (lesividade, ofensividade, etc. – Cap. 4º), restringindo-se, a decisão inaugural, ao preenchimento formal da subsunção da conduta ao tipo penal, que não obstante seja cômoda, não atende ao modelo democrático preconizado pela Constituição. Intolerável, pois, que se utilizem ainda carimbos para tal proceder, até porque não há julgamento conforme o estado do processo.

3 – Não só as declarações, mas também a prova pericial produzida sem contraditório, desde que exista indiciamento formalizado, são *inutilizáveis*. É preciso que o indiciado e seu defensor possam *compartilhar* a produção da prova pericial. Somente assim fica efetivamente garantido o *contraditório*. E este posicionamento

¹¹⁵⁹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano...*, p. 76.

¹¹⁶⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do Inquérito Policial. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n. 70, p. 49-58, 1993.

¹¹⁶¹ BREDI, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade..., p. 178: “Estariamos diante da chamada falta de justa causa para a acusação, isto é, falta de prova do fato e de indícios da autoria, requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal, uma vez que o processo penal não se compadece com a acusação fruto de mera elaboração mental.”

¹¹⁶² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa Causa no Processo Penal: Conceito e Natureza Jurídica..., p. 200.

ganhou fôlego após a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu, via Mandado de Segurança (24.547-6, Distrito Federal), a nulidade do Decreto desapropriatório porque o prejudicado-proprietário – lembre-se sempre: proprietário –, não foi devidamente notificado da vistoria administrativa. Não se está criticando a decisão pelo seu mérito. O que se não tolera é que haja interpretações diversas para a mesma situação: produção de prova administrativa¹¹⁶³. Evidentemente que logo surgirão distinções arbitrárias, como sempre, entre o procedimento administrativo desapropriatório e o penal, alimentadas pelos portadores da fala autorizada, a serviço do *status quo*. Por aí se vê que as questões não são, definitivamente, sérias. É preciso, pois, desde que haja indiciado, se é para levar a sério o contraditório e a ampla defesa (CR, art. 5º, LV), que este e seu defensor sejam intimados de todos os atos probatórios e, na ausência de indiciado, um defensor (público), seguindo-se, então, o *procedimento em contraditório* de cariz *fazzalariano* (Cap. 7º), dado que as perícias, em regra, não são reiteradas após a acusação formalizada.

§ 12 – Produção probatória, controle semântico, *chiste*, *lapso* e *ato falho*

“Dois judeus encontraram-se num vagão de trem em uma estação da Galícia. ‘Aonde vai? Perguntou um. ‘A Cracóvia’, foi a resposta. ‘Como você é mentiroso!’, não se conteve o outro. ‘Se você dissesse que ia a Cracóvia, você estaria querendo fazer-me acreditar que estava indo a Lemerg. Mas sei que, de fato, você vai a Cracóvia. Portanto, por que você está mentindo para mim?’ Freud

1 – Conquanto não se possa adentrar no tema da prova¹¹⁶⁴, apesar do fascínio que a questão comporta¹¹⁶⁵, cumpre-se estabelecer que sua produção

¹¹⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24-547-6/DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. DJU, 29 de março de 1993: “A notificação que inaugura o devido processo legal tem por objetivo dar ao proprietário a oportunidade real de acompanhar os trabalhos de levantamento de dados, fazendo-se assessorar de técnicos de sua confiança, para apresentar documentos, demonstrar a existência de criações e culturas e fornecer os esclarecimentos necessários à eventual caracterização da propriedade como produtiva e, portando, isenta da desapropriação sanção.”

¹¹⁶⁴ Consultar: MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996; MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada*. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997; ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956; CARNELUTTI, Francesco. *A prova Civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2002; TARUFFO, Michele. Note sulla verità dei fatti nel processo civile. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.) *Le ragioni del garantismo*: discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 340-382.

¹¹⁶⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito..., p. 173.

democrática é absolutamente necessária. A maneira pela qual ela é produzida assume feições indeclináveis, dado que busca controlar a maneira pela qual o *significante* é adquirido validamente no processo, podendo, então, ser considerado no momento da decisão (Cap. 9).

2 – Além da segurança *semântica* da legislação, **Ferrajoli** indica a necessidade de uma ‘*regra semântica de formação da linguagem jurisdicional*’ capaz de tutelar as *denotações* práticas advindas da produção probatória¹¹⁶⁶, eis que sem essa conjugação de controles, a instância resta prejudicada, como, por exemplo, nas expressões anêmicas de sentido: ‘má conduta social’, ‘personalidade deformada’ ou ‘ato obsceno’. Logo, sob pena de *esvaziamento* das garantias processuais penais, deve ser evitado o manejo de termos vagos e indeterminados nos depoimentos colhidos nos processos, como por exemplo: perto/longe; bom/mau; muito/pouco; cuja densidade semântica (denotação e conotação) é variável e empiricamente indemonstrável (**Brum**) por ausência de referencial:

A prática judicial está repleta de operações deste tipo: de sub-reptícias redefinições descritivas e matizadoras, associadas às qualificações jurídicas para determinar empiricamente sua denotação fática, e de sub-reptícios juízos de valor, associados à descrição dos fatos para derivar analiticamente sua denotação jurídica. Em particular, toda a jurisdição de legitimidade da Cassação sobre questões de direito não é outra coisa que um gigantesco léxico de redefinições *ad hoc*, com as quais de tanto em tanto os significados indeterminados dos termos legais se vêem precisados, com a finalidade de permitir (ou não permitir) sua aplicação aos fatos em julgamento.¹¹⁶⁷

2 – Da mesma forma, o acusado e as testemunhas devem ser perguntados sobre fatos, com os riscos daí inerentes¹¹⁶⁸, não se podendo indagar sobre a

¹¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 101: “Tais são, no novo Código de Processo Penal italiano, a norma que impõe a comunicação ‘de forma clara e precisa’ à pessoa suspeita do ‘fato que lhe se atribui’ e dos ‘elementos de prova contra ela existentes’ (art. 65), a que prescreve a correspondência entre o fato assim imputado e aquele do qual o juízo formula a definição jurídica (art. 521.2), além da que estabelece que a testemunha seja ‘interrogada sobre fatos determinados’, que não possa ‘depor sobre a moralidade do imputado’ nem ‘sobre os rumores públicos’ e que não lhe permita ‘expressar apreciações pessoais’ (art. 194, 1 e 3).”

¹¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 103: “A prática judicial está repleta de operações deste tipo: de sub-reptícias redefinições descritivas e matizadoras, associadas às qualificações jurídicas para determinar empiricamente sua denotação fática, e de sub-reptícios juízos de valor, associados à descrição dos fatos para derivar analiticamente sua denotação jurídica. Em particular, toda a jurisdição de legitimidade da Cassação sobre questões de direito não é outra coisa que um gigantesco léxico de redefinições *ad hoc*, com as quais de tanto em tanto os significados indeterminados dos termos legais se vêem precisados, com a finalidade de permitir (ou não permitir) sua aplicação aos fatos em julgamento.”

¹¹⁶⁸ LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal...*, p. 263: “O crime é história, passado e, como tal, depende exclusivamente da memória de quem narra. A fantasia/criação faz com que o narrador preencha os

‘moralidade do acusado’, ‘boatos’, ‘impressões pessoais’, ‘opiniões’, consoante dispõe o art. 212 do CPP (*o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato*). É que não se sabe o que querem expressar, mas se acolhidos podem ser manejados *retoricamente* na decisão, tanto para condenar como para absolver. Nisso, o Sistema Garantista (SG) também anda com acerto, sabendo-se, contudo, que mesmo assim ainda se abre espaço para preenchimento de sentido por se usar palavras invariavelmente ‘vagas’ e ‘ambíguas’.

Tonini afirma:

A testemunha é indagada sobre ‘fatos que constituem objeto de prova’ (art. 194, inciso 1, do CPP). As perguntas devem ser *pertinentes*, isto é, devem estar relacionados a fatos concernentes à imputação ou a fatos dos quais depende a aplicação de norma processual (art. 187 do CPP), como a verificação da idoneidade de uma declaração. O inciso 3 do art. 194 do CPP estabelece um ulterior limite às perguntas: devem ter como objeto fatos determinados. Logo, a testemunha, em regra, não pode expressar valorações nem considerações pessoais, exceto quando seja impossível desvinculá-las do depoimento sobre os fatos. Enfim, não pode depor sobre ‘boatos’.¹¹⁶⁹

3 – Assim é que toda a prova produzida em desconformidade com as ‘*garantias processuais*’, ou seja, uma resposta ‘*moralmente depreciativa da testemunha em relação ao acusado*’, por exemplo, é tida como ‘*inutilizável*’ para efeito de motivação decisória. Não se discute, pois, se houve ou não houve a declaração, se a prova ilícita foi juntada ou não, mas sim que seu *estatuto de prova democrática* restou maculado e, portanto, mesmo que permaneça ‘intra-autos’, impossível sua valoração *consciente*, porque o *inconsciente* pode escorregar...

Tonini coloca, ainda, que:

Como anteriormente salientado, a inutilizabilidade atinge não o ato em si, mas o seu valor probatório. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, declara que o ato é inutilizável. A inutilizabilidade deve ser declarada pelo juiz em qualquer momento e grau do procedimento, ou seja, desde as investigações preliminares até a fase de apelação. (...) A inutilizabilidade não pode ser sanada (diversamente do que ocorre com a nulidade) porque o ato foi realizado por meio do exercício de um poder vetado pela lei processual.¹¹⁷⁰

espaços em branco deixados na memória com as experiências verdadeiras, mas decorrentes de outros acontecimentos. A imaginação colore a memória com outros resíduos.”

¹¹⁶⁹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano...*, p. 114.

¹¹⁷⁰ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano...*, p. 79.

4 – Com efeito, este juiz deve controlar o momento de produção probatória, mas somente poderá o fazer se assumir uma posição própria do *Sistema Acusatório*, porque se se arvorar em *Inquisidor*, a garantia fenece (**Cordero**). No Brasil, diferentemente do que ocorre na Itália, onde o magistrado somente faz perguntas de maneira residual, as indagações primevas são realizadas pelo Juiz – feição nitidamente *Inquisitória* – e urge a leitura ‘conforme à Constituição’¹¹⁷¹ da dinâmica de produção da prova testemunhal para que as partes indaguem as testemunhas sem a participação do magistrado. Afinal, ele é o *destinatário* da prova, cujo ônus compete às partes, devendo-se demitir de tal produção¹¹⁷². Em suma, nenhuma pergunta deve ser feita pelo magistrado num *Estado Democrático de Direito* que leve a sério a divisão entre órgãos acusador e julgador.

5 – Relembre-se, ainda, que há intersecção do *inconsciente* na produção probatória¹¹⁷³, uma vez que se vincula à subjetividade dos atores envolvidos, das testemunhas¹¹⁷⁴, e o que ocorre numa sala de audiências, os *chistes*, os *atos falhos*, os *lapsos* – onde surge a *verdade*, diz a *psicanálise*¹¹⁷⁵ –, raramente ficam consignados¹¹⁷⁶, mormente porque tudo é ditado pelo juiz, modificando

¹¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...*; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica...*, p. 441-452.

¹¹⁷² AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Reforma Processo Penal no Brasil e na América Latina...*, p. 149-150.

¹¹⁷³ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção...*, p. 19: “As experiências anteriores do julgador também podem acarretar *reações inconscientes* favoráveis ou desfavoráveis a respeito das mulheres ruivas ou morenas, de homens com barba, de italianos, ingleses, padres, médicos, de filiados a determinado partido político, por exemplo. Esses *preconceitos*, que podem ser involuntários ou inconscientes, afetam a memória ou a atenção do julgador e influem sobre a credibilidade das testemunhas ou das partes.”

¹¹⁷⁴ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal...*, v. 2, p. 55: “La objetividad del testimonio, exigida por las normas, parece ilusoria a quien considere la interioridad neuropsíquica: ya el aparato sensorial elige los posibles estímulos; codificadas según modelos relativos a los individuos, las impresiones integran una experiencia perceptiva, cuyos fantasmas varían un tanto en el proceso mnemónico, tanto más si el recuerdo no es espontáneo sino solicitado, como ocurre a los testigos; por último, convertido en palabras el manipulasísimo producto mental, surge como enunciado *factual* o de hecho. Este laberinto cognoscitivo-semántico, expuesto a mil variaciones, induce a desconfiar de los testigos.”

¹¹⁷⁵ FREUD, Sigmund. Os chistes e sua relação com o inconsciente. Trad. Jayme Salomão. In: *Obras psicológicas completas*. São Paulo: Imago, 1996, p. 17-219, v. VIII.

¹¹⁷⁶ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *Nada mais foi dito nem perguntado*, p. 41-46: “Advogado: Excelência, eu sei que o advogado não pode interferir no interrogatório, nem é essa a minha intenção, mas eu gostaria, pela ordem, que alguns esclarecimentos do réu ficassem consignados no termo. Juiz: O senhor não pode interferir mesmo. Mas faltou alguma coisa? O quê? O réu não reclamou de nada. Advogado: É papel do advogado reclamar... O réu informou a Vossa Excelência que recebeu a notícia do acidente por telefonema de seu gerente industrial. No termo ficou constando que o réu ‘soube do acidente’. Eu peço... Juiz: Olha, eu não vejo nenhum erro no meu termo. Ele não presenciou o acidente. Não é? Ele ouviu falar do acidente, ele soube por telefone. Está certo? Qual o problema? Advogado: Excelência, tal como está no termo, o réu aparenta uma certa indiferença em relação aos fatos. Mas ele foi informado imediatamente, cobrou providências... Ele não ouviu dizer, ele foi informado, percebe? Tal como está escrito, parece que o réu reagiu com indiferença à notícia da tragédia. Não é o senhor quem julgará a causa. O juiz do caso pode fazer uma interpretação desfavorável do

(in)conscientemente os (con)textos. Quem sabe um pouco de *retórica*, pode movimentar habilmente os *significantes* para postá-los de forma a serem úteis, depois, na decisão (**Brum**), mormente se as posições de acusador e defensor se imbricam, bem como se a (impossível) ‘Verdade Real’ ainda move a produção probatória. Além disso, sabe-se, existe toda dimensão do ‘desejo’ de quem pergunta e responde¹¹⁷⁷, acrescida, por outro lado, de um complexo processo de ‘transferência’ entre os enleados no processo, já que “ao analisar um depoimento, [o juiz] deixa-se influir, inconscientemente, por fatores emocionais de simpatia, de antipatia, que se projetam sobre as testemunhas, os advogados e as partes.”¹¹⁷⁸

Assevera **Cordero**:

Las normas sobre el testimonio (...) presuponen que el aparato sensorial capta objetivamente los acontecimientos y que luego la memoria los fija, como imágenes sobre una película o sonidos grabados. Hipótesis ingenuas. Contemplada desde la interioridad neurosíquica, la operación aparece complicada y aleatoria. Al descomponerla, queda poco o nada de lo *objetivo*. Antes de todo, los canales sensoriales trabajan selectivamente, porque el aparato perceptivo tiene una capacidad limitada; expuesto a estímulos simultáneos, capta aquellas respecto a los cuales está adaptado (en un mismo contexto, los funcionarios del tráfico y los peatones ven cosas distintas), y mucho depende del estado emotivo (por ejemplo, alarmas ante el peligro). Los datos sensoriales no son percepciones, ya que solo lo llegan a ser mediante una tarea clasificatoria automática, y, por tanto, inconsciente; y al variar los modelos, camian las figuras; y sería cosa asombrosa quel el médico el quiromántico, y el boticario, vieran la misma cara en la misma persona.¹¹⁷⁹

Se o *chiste* e o *ato falho* são o que escapa, isto é: quando a boca se fecha o *inconsciente* se entrega projetando a verdade singular, já que na linguagem sempre

interrogatório, correto? Juiz: Está bem. [Ditando.] Dada a palavra ao defensor, foi dito que ficasse consignado que o réu informou a esse juízo que soube do acidente, por um telefonema do co-réu T..., que já havia tomado todas as providências. – Está bem assim, doutor? Advogado: Obrigado, Excelência. É um detalhe, mas o réu informou que os operários usam ‘protetores de ouvido’. No termo ficou constando que eles usam ‘fones de ouvido’. São coisas diferentes... Juiz: Olha, doutor, eu me lembro bem, ele falou ‘fone de ouvido’. Não posso admitir que o senhor conduza o interrogatório. O que o senhor disse? G...: Eu disse que os operários usam ‘protetores de ouvido’, é um equipamento exigido pela legislação. Juiz: É ‘protetor’, é? O senhor falou ‘fone de ouvido’. Eu me lembro. G...: Não, eu disse ‘protetor’. Tenho certeza. Juiz: [Ditando.] Que a vítima usava protetor de ouvido e não fone de ouvido, como constou acima.”

¹¹⁷⁷ MUÑOZ CONDE. Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal...*, p. 40: “De todos estos elementos de prueba el más difícil y complejo, y el de valor más dudoso respecto a la conclusión, es la prueba testifical. Las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos son a menudo contradictorias; es más, son los propios testigos los que con sus declaraciones deforman, consciente o inconscientemente, la realidad.”

¹¹⁷⁸ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção...*, p. 19.

¹¹⁷⁹ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal...*, v. 2, p. 59-60.

há tropeços¹¹⁸⁰, imprecisões e distorções, sua consideração deveria ser levada em conta. Mas isso não tem espaço no Processo Penal, que se restringe ao falado, dito, relevando o não-dito como se desimportante fosse. **Silva** adverte: “*Convidam-nos a depor, pedindo promessa de verdade, embora todos já saibamos que a verdade é apenas semi-dita, balbuciada, gaguejada, não toda. Algo da verdade do sujeito poderá surgir, sim, no garimpo debruçado sobre um curso aquoso de mentiras, evasivas, dúvidas, conversas moles, inconsistências gelatinosas.*”¹¹⁸¹ Pisa-se em terreno movediço, espinhoso, silenciado, e os silêncios, contudo, sempre *dizem*. Sustenta **Orlandi**: “*Se a linguagem implica silêncio, este, por sua vez, é o não-dito visto do interior da linguagem. Não é o nada, não é o vazio sem história. É o silêncio significante.*”¹¹⁸² Para tanto, argumenta **Andrade**, os juízes constroem verdades próprias no sentido de que nenhuma testemunha é capaz de mentir e, se o fizer, ele descobre, constituindo-se em típico mecanismo de defesa desesperado. Engana-se a si próprio para dar conta da ‘verdade processual’ que, como visto, sempre escorrega *na e pela* linguagem, ou seja, “*mentira e verdade andam juntas na instrução processual, e não há um juiz no mundo que já não tenha decidido um processo com base em mentiras.*”¹¹⁸³ A decisão, portanto, tendo estrutura de *ficção*, responde com uma verdade possível, da ordem do parcial (Cap. 9º).

Tudo isto ainda é agravado, no caso brasileiro, pela tolerância da inexistência do *princípio da identidade física do juiz* no Processo Penal¹¹⁸⁴. Um recebe a denúncia, *fulano* faz o interrogatório, *sicrano* colhe a prova e *beltrano* julga. Daí advém que o que o Processo Penal é, nesta seara, um verdadeiro ‘caledoscópio probatório’, justificando-se a gravação/transcrição destes atos, ou: *não era bem isso que eu queria dizer; tô brincando...*

¹¹⁸⁰ FREUD, Sigmund. Os chistes e sua relação com o inconsciente..., p. 66: “‘A. tomou emprestado de B. um caldeirão de cobre e após devolvê-lo foi acionado por B. já que o caldeirão tinha agora um grande furo que o tornava inutilizável. Sua defesa foi: ‘Em primeiro lugar nunca tomei emprestado um caldeirão de B.; e em segundo lugar o caldeirão já estava furado quando eu o peguei emprestado; e em terceiro lugar, devolvi-lhe o caldeirão intacto’. Cada uma destas defesas é válida por si mas reunidas excluem-se mutuamente.”

¹¹⁸¹ SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos...*, p. 80.

¹¹⁸² ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. Campinas: UNICAMP, 1997, p. 23.

¹¹⁸³ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito ao Direito II...*, p. 36-37: “Ademais destes fatos, na esfera jurídica, o investigador pode ser levado a grave erro, em casos não muito raros, como de um neurótico que assuma a culpa por um determinado crime, não obstante ser absolutamente inocente, devido a um sentimento de culpa preexistente nele.”

¹¹⁸⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Crime continuado e unidade processual..., p. 196-213.

§ 13 – Recuperando a hermenêutica esquecida pelo leguleio

1 – Rapidamente cumpre recuperar, em parte, o caminho trilhado sobre as possibilidades hermenêuticas, na perspectiva da ‘Filosofia da Linguagem’ (Cap. 5). Neste sentido, conforme resume **Warat**, a epistemologia do *senso comum teórico* identifica-se com o texto da lei auto-suficiente, em atitude manifestamente reducionista, na pretensão de encontrar a significação “*no interior do próprio sistema criado e esquecendo as outras cenas significativas, como a produção social de sentido que, na verdade, é anterior ao próprio significado textual.*”¹¹⁸⁵

2 – Não existindo mais uma *verdade* primeva¹¹⁸⁶, resta o reconhecimento da existência viva do olhar do *outro*, podendo-se aproveitar, com o encurtamento apontado, o discurso *habermasiano* no processo de atribuição de sentido realizado judicialmente (Cap. 7). É que a democracia é um processo que precisa ser desvelado de forma participativa e crítica. Sem isso, as sanções estatais acabam se legitimando em auditórios reduzidos ou mono-auditório (juiz isolado), excluindo aqueles que, todavia, sofrem as consequências das decisões, reeditando os obstáculos do *mito* da *Modernidade* (Cap. 2) e as limitações do discurso comunicativo, informado por um critério material de **Dussel**:

El aporte de Habermas, formalmente, es un gran avance en la delimitación de la ‘razón político-discursiva’, y debe ser subsumida en una filosofía política compleja. Sin embargo, al negar el nivel material (de la reproducción política de la vida humana en comunidade, de las pulsiones – como la de solidaridad, que en Habermas quebra reductivamente indicado en la ‘formación de la voluntad’-, de la ecología, de la economía, etc), cae en un formalismo reductivista. La legitimidad se establece para Habermas en un nivel puramente discursivo, formal. No puede comprender que un sistema político ‘pierde legitimidad’ al no reproducir aceptablemente la vida humana de los ciudadanos. Hay que articular el aspecto material al concepto de legitimidad, para enriquecer la concepción puramente forma o procedimental. En los países poscoloniales, periféricos, pobres, la reproducción (económica) de la vida es una dimensión política esencial de la legitimidad. Por ejemplo, en el presente, al empobrecer a la población la política económica neoliberal deslegitima gobiernos que há cumplido formalmente con el Principio democrático, pero que han descuidado *materialmente* el proceso

¹¹⁸⁵ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem...*, p. 15.

¹¹⁸⁶ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 97: “Nas palavras da lei penal é arbitrária ou imotivada a relação entre significantes (suporte gráfico) e o significado (conceito). A arbitrariedade do signo, fundada em seu caráter convencional, rejeita a tese da correspondência das formas gráficas legais com os conceitos que estas veiculam. Não existe uma relação essencial entre as palavras grafadas e os objetos ou situações denotadas pelas mesmas. As palavras da lei não são, como quer a dogmática, constitutivas de sentido.”

legitimatorio.¹¹⁸⁷

3 – O segundo **Wittgenstein** transformou a concepção objetificante da epistemologia em face do reconhecimento do papel das valorações expressadas pelos *usos* e *contextos* lingüísticos. A contribuição de **Wittgenstein** rompeu com o *solipsismo* metodológico, desvelando a dimensão *pragmática* como parte das relações sociais com efeitos no mundo da vida. Matou, por assim dizer, o sujeito idealizado, universal, *cartesiano*, *kantiano*, nascendo, desde então, o sujeito concreto que se inter-relaciona pela linguagem, nas múltiplas realidades culturais. **Wittgenstein** em suas '*Investigações Filosóficas*' fixou a linguagem como o limite do mundo, indicando a relevância da *pragmática* e o *uso* da linguagem, movimento reeditado pelos *pragmáticos*. O sentido não se restringe ao *uso* singelo de regras *sintáticas* e *semânticas*, mas aos *usos* sociais, compartilhados, da linguagem, emitidos pelo *ser-aí* (**Heidegger**). A *linguagem* é vista como um *jogo* em que se pode avançar jogando na medida em que se conhece as próprias *regras do jogo*, mas também aceita a criatividade como mecanismo de adequação e crescimento, tendo como palco o seu *uso*. Com esse movimento se constitui o *giro lingüístico*, no qual a realidade não é representada.

4 – Sem incorrer (mais) na problemática representacional (sujeito e objeto do conhecimento), pois acolhe o sujeito empírico, a questão epistemológica (S/O) perde em grande parte o sentido. É da inter-relação social de sujeitos concretos que surgem as formas de vida. Não se trata mais de um sujeito transcendental que conhece, de sua aldeia ideal, o objeto.

Desprovidos de *metalinguagem*, afirmou **Lacan**, a linguagem *desliza* como sendo o único momento, por ser da ordem do não-todo, já que não é possível dizer o todo. É sobre o buraco que se organiza a palavra e instaura-se o *significante* e essa *falta* é, para o sempre, desprovida da possibilidade de preenchimento, salvo *Imaginária*, embora seja o que se busque fazer todos os dias, razão pela qual há de existir amanhã.

5 – E como a *linguagem* é fonte de criatividade e os processos sociais formam parte dos processos sociais de vida, inexistem regras fixas e eternas. Assim é que o *solipsismo* acaba com os critérios de *verdade* do sujeito epistemológico,

¹¹⁸⁷ DUSSEL, Enrique. *Hacia una Filosofía Política Crítica...*, p. 52-53.

remetendo a questão da validade intersubjetiva na forma de justificações das convenções e acordos culturais. O *conhecimento*, pois, não pode ser mais o reflexo da realidade colhida pelo espelho da observação. No discurso jurídico, também, não é possível se acreditar na vinculação apenas *semântica* do ‘princípio da legalidade’, por insuficiente. Está-se, enfim, achado na linguagem. Mas nem todos se dão conta, sendo mais tranqüilo aos atores jurídicos – principalmente aos ‘Jurista de Ofício’ –, a manutenção de um ‘legalismo rasteiro’ que, decerto, funciona como poderoso ‘mecanismo paliativo de desencargo’ (**Miranda Coutinho**). Assumir esse movimento é fundamental para os destinos da decisão judicial, bem como para a construção do ‘Estado Democrático de Direito’.

§ 14 – Inferência Dedutiva: *redefinições* e *manhas*

1 – Em face dos *significantes probatórios* lançados diante da pretensão de verdade contida na acusação, o *um-juiz* poderá verificar a ocorrência ou não da hipótese acusatória, sendo-lhe vedado, ademais, *redefinir* a acusação, porque as disposições contidas nos arts. 384, do CPP, por violarem a separação entre os órgãos de acusação e julgamento, não são democráticas:

Daí o valor da separação, segundo o esquema triangular, entre acusação, defesa e juiz: se a acusação tem o ônus de descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contraditar com contra-hipóteses de contraprovas, o juiz, cujos hábitos profissionais são a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de ensaiar todas as hipóteses, aceitando a acusatória só se estiver provada e não a aceitando, conforme o critério pragmático do *favor rei*, não só se resultar desmentida, mas também se não forem desmentidas todas as hipóteses em conflito com ela.¹¹⁸⁸

2 – Este será, portanto, o momento da ‘inferência dedutiva’, segunda etapa da epistemologia garantista. A partir da conduta comprovada *indutiva* e *democraticamente*, conforme as regras do jogo, pode-se proceder à verificação de sua pertinência *dedutiva*, com as *manhas* e *redefinições* próprias, antes delineadas. Por isso é que sem uma discussão séria das possibilidades e limites *epistemológicos*, em suma, do que se constitui em ‘verdade’, o jogo processual resta entregue ao (des)enlace *Metafísico*, abrindo espaço para adoção, mesmo *inconsciente* e em Estados (ditos) Democráticos de Direito, de práticas *anti-garantistas*.

¹¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 122.

É que apesar de maneira elegante – e, às vezes, cínica –, defender-se, no discurso *consciente*, o respeito pelas *garantias penais e processuais* necessárias à legitimidade da sanção, a existência normativa adversa descarrilha a interpretação dos ferrenhos legalistas, dos ‘Trumans’. Sofrem do que se apontou como sendo ‘Complexo de Prazo de Validade’, uma vez que

O positivista ferrenho vai ao Supermercado e confere – na forma da lei – os prazos de validade e somente consome o produto até o dia fatídico, ou seja, se o prazo de validade é hoje, somente pode consumir até às 24:00 horas; às 00.01 o produto está fora do prazo de validade e, portanto, inservível ao consumo. Para este, no exato minuto que se transpôs o dia, as bactérias, em Assembléia Geral Ordinária – adrede convocada – decidiram, à unanimidade, avançar (estragar) sobre o produto. O prazo fatal é 24:00hs. Somente rindo ☺! E o pior é que essa ingenuidade mesclada com astúcia é reproduzida pelo *senso comum teórico dos juristas*.¹¹⁸⁹

3 – Condicionado pela interpretação rasteira, o *leguleio* acredita que a lei, palavra do Senhor – *Outro* – é capaz de, por si só, modificar a realidade, ou melhor, ‘é’ a realidade. Falta capacidade para pensar, refletir, criticar. Tiveram absoluta razão os militares, no seu projeto de aferrolhamento, ao retirar a *Filosofia* das grades curriculares. As sementes plantadas por eles, estão, pois, servindo às finalidades de sua sementeira: alienação e manutenção do *status quo*.¹¹⁹⁰

Domingues¹¹⁹¹, referindo-se à abordagem estrutural do Texto Filosófico, indica os perigos na interpretação, as quais se aplicam ao caso jurídico. O primeiro é o da ‘certeza ingênua’, o ‘achologismo’, no qual o sujeito acredita, tem certeza de sua opinião (eu acho) e pronto, sem maiores cuidados. O perigo do juiz é que de tanto julgar, acredita ser o senhor da verdade, o ‘Cavaleiro da Fé Jurídica’, tal qual ‘Dom Quixote’ que de tanto ler romances de cavalaria, acreditou ser ele mesmo um ‘cavaleiro andante’ – personagens imaginários com que se identificou – e passou o resto de sua vida, com seu fiel escudeiro (Sancho Pança), na busca de novas aventuras, perigos, inimigos imaginários e moinhos de vento. De outra face, e mais temerário de todos, é o do sujeito estúpido e ignorante, decorrente de uma anemia de leitura e teórica, defasado filosoficamente, que acredita ser **Sócrates** um ex-

¹¹⁸⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Amante Virtual...*, p. 73-74.

¹¹⁹⁰ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sonhocídio: Estragos Neoliberais no Ensino do Direito ou ‘La Busqueda del Banquete Perdido’ como diria Enrique Mari..., p. 97-108, 2003

¹¹⁹¹ DOMINGUES, Ivan. A abordagem estrutural do texto filosófico. In: DOMINGUES, Ivan; MARI, Hugo; PINTO, Julio. *Estruturalismo: memória e repercussões*. Rio de Janeiro: Diadorim, 1996. p. 137-152.

jogador de futebol; **Pascal** um programa de computador; a ‘alegoria da caverna de **Platão**’, uma fantasia de escola de samba; **Canotilho** material para, juntamente com a miçanga, fixar lantejoulas em roupas; **Baratta**, animal doméstico de hábitos noturnos; *Fórum* o nome de uma grife de roupas. Há, por fim, o mais comum, o perigo daquele que ao início de um livro mais denso o fecha por acreditar ser a leitura muito difícil (ou mesmo por preguiça mental¹¹⁹²), procurando a salvação numa jurisprudência ou num doutrinador abalizado, reconhecido pelo ‘Monastério dos Sábios’. Afinal, se o mundo é o da ‘eficiência’ e de não ter decisões reformadas pelo Tribunal-Pai, para que pensar?

Desprovido de controle de constitucionalidade – oxigenação constitucional –, a ser efetivada pelos atores jurídicos (Cap. 3º), os quais repetem as regras, numa hermenêutica à ‘boca da lei’, somente por serem editadas formalmente, o resultado do processo de atribuição de sentido de feição *decisionista* transita em julgado e no dizer de **Warat**, *a paternidade legítima e faz coisa julgada*. E as vítimas continuam pagando o preço, cumprindo pena.

§ 15 – A importância de **Dussel**: a *ideologia* condiciona, o *inconsciente* também

“Quando a pessoa não sabe que não vê, não sabe que é cega.” **Paul Veyne**

1 – **Cunha** é perspicaz ao apontar que: “Os *dogmáticos*, o juiz e as partes, quando argumentam com este arsenal analítico, deslocam o eixo de uma discussão efetivamente plantada nas condições de existência de uma sociedade particular, e a situam no plano imaginário das teorias dogmáticas.”¹¹⁹³ O mundo lógico e autista, de ‘Truman’, convêm-lhe, pois que se demitem de qualquer responsabilidade pelas consequências de seus atos, já que o raciocínio foi rebatido para uma dimensão em que não existe ‘o outro’; trabalha-se com acusados, apenados, objetos da Jurisdição¹¹⁹⁴, facilitando, assim, o fomento de suas atividades ideologicamente

¹¹⁹² CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica: ética e Justiça*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 61: “A ignorância de certos profissionais em matéria jurídica é estupefaciente e sua vontade de não recorrer aos livros (...) O precedente jurisprudencial torna-se, em realidade, uma verdadeira regra de direito.”

¹¹⁹³ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 23.

¹¹⁹⁴ Destaque-se o profundo respeito aos ‘juristas de ofício’ que continuam a aplicar a regra geral ao caso apresentado, sem se preocupar com as consequências de suas decisões. Continuam exercendo suas funções lógicas, na forma da lei, sem referência ao mundo da vida. O mundo lógico lhes convém. Não lhes interessa as

(in)conscientes a *la* **Eichmann**¹¹⁹⁵. Por falta de capacidade de argumentação criativa se continua aplicando as velhas maneiras de se olhar o mundo (do Olimpo), podendo-se indicar um certo *complexo de carimbador* nos magistrados, eternos repetidores do *senso comum teórico dos juristas*. Os juízes, portanto, agem nessa lógica mesmo sem se dar conta; por isso **Warat** sustenta:

Esse é o destino de um escrito vivo como suporte do poder de seus pontífices: estes simulam interpretar para garantir seu poder. Atitude que lhes custa muito reconhecer a nossos juízes, apesar de construírem suas decisões acatando a lógica desse princípio de poder. De qualquer maneira se comportam nos tribunais, cotidianamente, como sendo ‘o único que sabe’, cumprindo sem falhas a metáfora paterna, sendo um ‘juiz pai’ (e um pai-patrão). E a metáfora é tão forte que supre todas as ignorâncias. Por mais incompetentes que sejam os componentes de um poder judiciário, suas interpretações serão decisivas. Para além da ignorância, a paternidade legítima e faz coisa julgada.¹¹⁹⁶

2 – O mito da *Modernidade* e sua ‘falácia desenvolvimentista’, rebatizada no discurso penal atual, precisa, assim – e de vez por todas –, de uma resposta séria, com o resgate dos ‘sem direitos’, analfabetos que não podem nem interpor ‘habeas corpus’¹¹⁹⁷: “*Las víctimas de un ‘sistema de derecho vigente’ son los ‘sin-derechos’ (o los que todavía no tienen derechos institucionalizados, reconocidos, vigentes). Se trata entonces de la dialéctica de una comunidad política con ‘estado de derecho’ ante muchos grupos emergente sin-derechos, víctimas de sistemas económico, cultural, militar, etc., vigentes.*”¹¹⁹⁸ O critério material (vida) agregado ao formal são capazes de, conjuntamente, propiciar a aplicação do modelo de **Dussel**, a partir de uma estratégia *instrumental*. É premente se conscientizar da existência do mundo da vida: do *outro* invocado por **Dussel** (Cap. 2º). Aponta **Miranda Coutinho**:

Se assim é, não deixa de ser verdade que a jurisdição está comprometida, até a medula (em que pese as muitas exceções!), como *status quo*. (...) Já referi em

condições das cadeias públicas, a forma pela qual a execução penal se *manifesta*. Suas obrigações estão executadas. Dormem tranquilos com o sentimento de dever cumprido. Para esses, será sempre melhor não ver como suas decisões se cumprem...

¹¹⁹⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*..., p. 177. “Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados.”

¹¹⁹⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*..., p. 79-80.

¹¹⁹⁷ BELOV, Graça. A garantia (constitucional) do procedimento oral no *habeas corpus*. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 161-178.

¹¹⁹⁸ DUSSEL, Enrique. *Hacia una Filosofía Política Crítica*..., p. 151.

outras ocasiões ser necessário um engajamento ideológico dos magistrados, o que não se deve confundir com política partidária. Para isso, seria preciso *encontrar a nossa realidade*, mas as única base viável para uma leitura comprometida com ela parece ser aquela que tem por estribo as epistemologias latino-americanas, que vêem o sujeito a partir de uma *ética da alteridade*, ou seja, atrelada à dignidade do 'outro'.¹¹⁹⁹

Não se trata de rejeitar todas as conquistas da *Modernidade*. Cuida-se de atualizar a proposta com uma pitada de *ser-com-outro*, um fundamento de *verdade material: a vida, sua produção, reprodução e desenvolvimento*. A manutenção da *razão* combinada com o resgate do *sujeito* (objetividade + subjetividade). A lei e as demais formas jurídicas possuem sua respectiva importância. Mas não estão mais sozinhas. O sujeito e sua defesa mostram-se como condição de possibilidade de uma proposta efetivamente emancipatória e democrática. Todos os protagonistas do processo judicial precisam ser respeitados como pessoas humanas. E, como tais, pessoas em constante desenvolvimento e evolução. Seres humanos com defeitos, crenças, qualidades, medos, idéias e valores múltiplos. Nesse contexto, a decisão precisa ser mais do que simplesmente 'resolutiva-na-forma-da-lei', conforme sustenta **Müller**:

A constituição não pode impor o código direito/não direito diante do metacódigo; ela fracassa na tarefa de acoplar de forma confiável o direito, a política e a sociedade. Os superintegrados dispõe exclusivamente da constituição; a inconstitucionalidade ou contrariedade ao direito da sua ação ou da ação dos 'seus' políticos, peritos, milicianos não se torna objeto de procedimentos jurídicos normatizados e com isso nem se torna tema no sentido forte desse termo. O código jurídico está subordinado [untersteht] ao código político, o direito está subordinado à economia, o Estado está subordinado à atividade econômica – com as conseqüências já insinuadas para os economicamente fracos, quer dizer, para a maior parte da população. Então já não admira mais que a reivindicação de direitos de cidadania por parte de subcidadãos excluídos, subintegrados, seja 'identificada constantemente como subversão'.¹²⁰⁰

3 – Com **Warat**, é possível dizer que a superação do 'normativismo cego' é o primeiro passo para recuperar o humano nas práticas jurídicas¹²⁰¹. Nem mesmo as partes são ouvidas nos processos judiciais, sendo que suas falas ficam filtradas por

¹¹⁹⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal...*, p. 74-75.

¹²⁰⁰ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998, p. 95-96.

¹²⁰¹ WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador...*, p. 220: "A ciência jurídica avançou, consideravelmente, em termos de sua matematização... juízes cada vez menos preparados para articular seus processos decisórios aos grandes interrogantes humanistas finseculares. A cabeça dos juízes não está feita para fazer do jurídico um processo de humanização (desvinculando o inumano do processo e das instituições que o comprometem).

formas jurídicas empregadas pelos porta-vozes autorizados (procuradores), desconsiderando-se, assim, suas potencialidades e necessidades. É inevitável dar voz à cidadania para que os conflitos possam ser a passagem para a felicidade – possível – e não o lugar das vozes reprimidas que, no fundo, nem ‘defesa’ possuem¹²⁰², consoante **Cappelletti**: “*La realidad es, en efecto, que el rico puede, pagando a su propio consultor legal, eliminar los efectos de esa ignorância, que en cambio paraliza al pobre en el ejercicio y en la tutela de sus derechos.*”¹²⁰³ E, essa *escuta* (= ato de ouvir) estatal é condição de possibilidade para o respeito das partes-humanas-e-processuais. Sem isso, as partes são desconsideradas na sua dignidade como pessoas.

4 – Soma-se, também, à irrupção da *singularidade* aqui trabalhada, a qual traz nos julgamentos penais uma forte carga emocional que cobra dívidas do ‘*um-juiz*’, ou seja, suas experiências pessoais influenciam tanto na reprovação como tolerância das condutas¹²⁰⁴, articuladas retoricamente na sua decisão¹²⁰⁵. Na maioria das vezes, claro, de maneira *inconsciente*, tal qual **Cappelletti**, invocando a lição de **Calamandrei**, assevera que a palavra ‘decisão’ tem raiz latina em ‘sentencia’ (= *sentire*), igual a palavra ‘sentimento’ e como tal adverte que:

Queda el hecho innegable de que en muchas ocasiones la que es la motivación verdaderamente real y efectiva de una sentencia no está expresada en absoluto en la llamada ‘parte motiva’ del pronunciamiento del juez, sino que se encuentra más bien en los pliegues ocultos – más o menos ocultos – del ánimo del que juzga. El *sentimiento* del juez: la simpatía, la antipatía por una parte o por un testigo; el interés, el desinterés por una cuestión o argumentación jurídica: la apertura hacía un tipo evolutivo, histórico, sociológico de interpretación de las leyes, antes que hacia una interpretación regidamente formal: el interés o el fastidio frente a una compleja vicisitud del hecho; y así, sucesivamente discurriendo. Sentimientos: afectos, tendencias, odios, rencores, convicciones, fanatismos; todas las variaciones de esa realidad misteriosa, maravillosa y terrible que es el espíritu humano, reflejadas con o sin velos en las líneas frías,

¹²⁰² CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. Chapecó: Argos, 2003, p. 119-161. PASOLD, Cesar Luiz. *O advogado e a advocacia: uma percepção pessoal*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1996, p. 70.

¹²⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad...*, p. 142.

¹²⁰⁴ PORTANOVA, Rui. *As motivações ideológicas da sentença...*, p. 16: “Pessoais são ainda as motivações que interferem via simpatia ou antipatia por uma parte ou testemunha, interesse ou desinteresse por uma questão de argumento, inclinação para uma interpretação rígida ou flexível, afetos, ódios, rancores, convicções, fanatismos, paixões, contidas ou não, predileções.”

¹²⁰⁵ NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei...*, p. 63: “Assim, o julgador partirá dessas convicções pessoais para o caso concreto, manipulando, conscientemente ou não, o material normativo e dogmático para então concretizar o que em sua mente é justo para a sociedade, para sua família ou, então, para si mesmo.”

ordenadas, compuestas, de los repertorios de la jurisprudencia: pasiones desencadenadas, pasiones recogidas, ternuras, temblores: en los estantes enmohecidos de las secretarías de los tribunales.¹²⁰⁶

5 – O ‘um-magistrado’ precisa, então, dar-se conta do intrincado mundo em que (com)vive, não ser alheio ao dos seres humanos com o qual exercerá parcela do Poder Estatal. Essa mudança *paradigmática* não se faz do dia para noite. É um processo contínuo de *dar-se conta de si mesmo e do outro*. Um processo de auto-conhecimento emancipatório e rompedor com o modelo prevalecente, no qual os conflitos são equacionados em formas jurídicas genéricas e abstratas incapazes, assim, de responder convenientemente ao mundo complexo que lhes é apresentado. Convencer os atores do cenário judiciário de que seu papel social se modificou, de que a interação com o social se mostra indispensável, é uma via possível neste momento histórico, numa sociedade excludente.

6 – Lançando mão do arsenal de *significantes*, o ‘um-juiz’ pode, desde que assumido *ideologicamente* (**Miranda Coutinho**), propor uma atuação diversa no mundo da vida¹²⁰⁷, redefinindo os ‘tipos’, articulando os *significantes*, para – repita-se – *ideologicamente*¹²⁰⁸ modificar a sociedade, aliás, como sempre se faz, procedendo conforme o seu desejo, adverte **Marques Neto**:

A atividade do Juiz envolve-o subjetivamente. O Juiz está subjetivamente implicado na sua prática. Nessa perspectiva, ele responde por sua prática. Então, longe de sua neutralidade, o que é necessário, efetivamente, é uma exposição subjetiva, é um engajamento. Não que seja faccioso, mas que seja implicado. Sabe-se perfeitamente que, se se condena alguém, no Brasil, à prisão, tem alta chance de estar condenando à morte essa pessoa. (...) Então, há uma implicação, sem dúvida alguma. Pode ser que alguém se ponha na pretensa neutralidade de ser mero servo da lei e se sinta bem com isso, mas com certeza muitos se sentem profundamente incomodados. (...) O Juiz está muito perto de acabar se dissolvendo subjetivamente por amor à neutralidade e por pensar que dessa maneira ele está garantido na sua honestidade. Só há honestidade onde há desejo. Só há honestidade onde é possível se agir de outra forma. Onde não é

¹²⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad...*, p. 1-2.

¹²⁰⁷ BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito...*, p. 31: “Por tudo isto é que a aplicação do Direito não se dá, nunca, de maneira neutra (como pretende o positivismo jurídico); ao contrário, é sempre marcada pela ideologia de quem o aplica.”

¹²⁰⁸ FAYET, Ney. *A sentença criminal e suas nulidades*. Porto Alegre: Síntese, 1980, p. 28-29: “A sentença criminal surge como o mais notável instrumento descriminalizador, e o juiz como precursor de soluções jurídicas justas, eqüânimes e legais, que recebem a aprovação do consenso social. (...) Essa descriminalização por ato interpretativo do juiz pode ocorrer freqüentemente quando ele entende que o bem jurídico protegido pela norma não é exatamente aquele que o Código Penal diz proteger. A classificação dos bens jurídicos nos Códigos pode ser negada pelo julgador, já que não passa de um critério provisório da sistemática.”

possível, você não é honesto, nem desonesto. Então, o mero cumprimento da lei não é nenhuma garantia de honestidade. A honestidade não é um conceito jurídico, é um conceito ético. E, como toda ética, implica visceralmente o sujeito.¹²⁰⁹

No entanto, agora isso pode se dar de forma *estratégica*, pois no vácuo que poderia se formar, o *Sistema Garantista (SG)* mostra-se como uma ferramenta fundamental¹²¹⁰, sem que se constitua, por evidente, na salvação de todas as questões democráticas, dada a impossibilidade do todo.

§ 16 – Manter o ‘medo’ com mais um mito: ‘*ninguém pode alegar desconhecimento da lei*’. Culpabilidade, Aplicação da Pena e *Opacidade* do Direito (Carcova)

“Desconheço essa Lei – Disse K. – Tanto pior para você – replicou o guarda.” **Kafka**

1 – Acerca da *culpabilidade*, esta se refere ao *juízo de reprovação* que recai sobre um *imputável* – capaz de suportar a culpa –, consistente na conduta dolosa ou culposa e a possibilidade – tradicionalmente aceita – de agir de forma diversa, conforme o dever, isto é, tinha consciência da ilicitude da conduta e possibilidade de adequação à norma¹²¹¹, também é possível *redefinições* de sentido. Sobre o grau de reprovabilidade da conduta em face do bem jurídico é que será fixada a pena. O ‘homem médio’ é construído pelo *senso comum teórico* como um ‘ideal de eu’, difuso e perfeito, nomeado pelo *Outro*. A análise da conduta, pois, parte de um pastoso e incontrolável ‘ideal do eu’ que assume as feições de fiel cumpridor das regras do *Outro*, enquanto o *outro* julgado, contudo, não o faz.

De qualquer forma, o ‘princípio da culpabilidade’, especialmente em sociedades como a brasileira, encontra-se assentado na *falácia* de que ninguém poderá alegar o desconhecimento da lei, pura ficção, plenamente *eficiente* para cumprir a função de manter o ‘medo’; a incerteza do *proibido* e do pavor de se cometer o *pecado*, mantêm a *fila* (Legendre).

¹²⁰⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva..., p. 50

¹²¹⁰ CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o Abolicionismo como meta, admitindo-se o Garantismo como estratégia?...

¹²¹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível...*; BITENCOURT, Cezar Roberto. Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda. *A sociedade, a violência e o Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 83-97;

2 – Como escreve **Carcova**¹²¹², os indivíduos praticam, desde o nascimento, atos da vida civil sem terem noção de sua regulação pelo Direito, havendo, assim, uma *opacidade* do mundo jurídico por parte daqueles que o manejam, quer *consciente* ou mesmo *inconscientemente*¹²¹³. Tal situação é agravada contemporaneamente pelo desenvolvimento científico e tecnológico e suas redes de informação que investem diuturnamente sobre a possibilidade de absorção racional do indivíduo, bastando, para tanto, perceber-se a pletora de leis em vigor, cujo conhecimento sistemático se mostra como absolutamente inviável. Mas mesmo assim o discurso jurídico refuta categoricamente o desconhecimento da lei, cuja obrigação se mostra como indissociável do bom sujeito, do cidadão cumpridor de sua função social. A *igualdade* e *liberdade* jurídicas do homem exigem tal ficção como constitutiva do laço social, conquanto isso se mostre como absoluta ilusão:

El problema – formulémoslo ahora de forma elemental y detallada – consiste en que los hombres, sujetos de derecho, súbditos que deben adecuar sus conductas a la ley, desconocen la ley o no la comprenden. Esto es, desconocen el estatuto jurídico de los actos que realizan o no lo perciben con exactitud o no asumen los efectos generados por tales actos o tienen confusión respecto de unos o de otras. Son formas distintas de este fenómeno que venimos llamando ‘no comprensión’ o ‘efecto de desconocimiento’ u ‘opacidad’ del derecho, que obedece a múltiples y heterogêneas razones y que se manifiesta de diversa manera según las características de cada formación histórico-social y, obviamente, de las condiciones concretas, sociales y personales, de cada individuo o conjunto de individuos.¹²¹⁴

Evidentemente que o Direito da *Modernidade* se fundamenta na *universalidade*, *generalidade* e *abstração* de suas normas e para sua funcionalidade, precisa recorrer a um princípio de obrigação resgatado do direito romano: ‘*nemini licet ignorare ius*’. Desconsidera-se, assim, toda diversificação social, sua desinformação e segmentação num mundo sem fronteiras, com pluralidade de fontes jurídicas e cada vez mais incapacidade de dar conta disso que é dado como pressuposto da convivência social: o conhecimento do Direito. Aceita a ignorância,

AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios Penais*: da legalidade à culpabilidade. São Paulo: Método, 2003, p. 171-220.

¹²¹² CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho...*, p. 18.

¹²¹³ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho...*, p. 18: “Existe, pues, una opacidad de lo jurídico. El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, con un libreto, como una partitura, pardójicamente, no es conocido o no es comprendido por los actores en escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitam algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con escasa o nula percepción de sus significados y alcances.”

¹²¹⁴ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho...*, p. 20-21.

todavia, o sistema jurídico *fura*. Sua obrigatoriedade cogente é um dos baluartes de sua eficácia, mesmo que ficcional e atrelada às diferenças sociais cada vez mais marcantes, abissais. Apesar de o destinatário não participar, em regra, por estar excluído, do processo de estabelecimento do Direito válido, sua observância mostra-se cogente pelo procedimento adotado pelo Estado, o qual impõe suas emanções regulativas da vida dos sujeitos¹²¹⁵.

3 – O argumento mais manejado no sentido de que apesar dessa ignorância ser possível não se pode prescindir se sua coercitibilidade reside na própria inviabilidade da ordem jurídica. E essa *opacidade* apresenta a funcionalidade de manter os indivíduos em fila, sob os fantasmas do que se pode ou não fazer¹²¹⁶, servindo para relegitimar o sistema de controle social¹²¹⁷, principalmente pelo Direito Penal, em nome do *Outro*. Mas é presente a impossibilidade de se conhecer o Direito vigente¹²¹⁸, situação absolutamente factível no Brasil e, especificamente no Direito Penal, cuja proclamação legislativa, na fúria de responder às demandas sociais, mormente no momento do discurso cínico da ‘Lei e Ordem’ arvora-se com a pretensão de agigantar a repressão estatal via sistema penal.

Binder destaca que em sociedades complexas e excludentes o ‘princípio da suficiente advertência’ se mostra como absolutamente necessário. O princípio da

¹²¹⁵ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho...*, p. 29: “El principio según el cual la ley debe ser aplicada porque es obligatoria, con independencia del conocimiento que los súbditos tengan de su existencia, parece vinculado al modelo de un Estado autocrático en el que la legitimidad de los mandatos remite exclusivamente a su origen y no a sus formas o sus efectos, tampoco a sus procedimientos o a los contenidos que transmiten.”

¹²¹⁶ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho...*, p. 39: “No se trata ya de discutir acerca de esta *fiction iuris* que, como tantas otras, parecen ser constitutivas del discurso del derecho. Se trata de afirmar que nuestras sociedades están en condiciones de movilizar una inmensa masa de recursos no sólo financeiros, también humanos, burocráticos, organizacionales y tecnológicos, para divulgar nociones mínimas y fundamentales acerca de derechos básicos y garantías entre toda la población. Y que ello produciría, sin duda, un salto cualitativo en términos de políticas de igualación. Que esto sea o no prioridad ético-política de gobiernos y estados es, claro está, harina de otro costal.”

¹²¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito...*, p. 107-108: “As ordens jurídicas modernas pressupõem um tipo médio de homem e um tipo médio de circunstâncias externas sob as quais os homens atuam, casualmente determinados. Quando um homem constitucionalmente normal e em circunstâncias normais adota, casualmente determinado, uma conduta que a ordem jurídica proíbe, ele é, por força desta ordem jurídica, responsável por essa conduta e pelos seus efeitos. Quando ele, determinado casualmente por quaisquer outras circunstâncias, diferentes das circunstâncias normais pressupostas pela ordem jurídica, adota uma conduta proibida por esta, diz-se que atua sob coação irresistível, se bem que a coação sob a qual o homem atua seja sempre irresistível. Com efeito, a causalidade é, pela sua própria essência, coação irresistível.”

¹²¹⁸ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho...*, p. 43: “La no comprensión, que tiene que ver con la profusión normativa, con las complejidades técnicas de los institutos, con factores socio-estructurales, con mecanismos de manipulación y ocultamiento que juegan un papel en la constitución y en la reproducción de las hegemonías sociales, con los contenidos ficcionales del derecho, con la variedad y cruce de pautas culturales que constituyen las visiones sociales fragmentadas de nuestras grandes urbes de fin de siglo, etc.”

legalidade, por si só, não garante que o indivíduo saiba quais as condutas que são permitidas/proibidas. E como a reação estatal é violenta, via pena, o prévio conhecimento da ilicitude da conduta não pode continuar sendo tratado como uma quimera: *“En consecuencia, en el ámbito del derecho penal, por imperio del principio que estudiamos, las ficciones sobre el conocimiento del derecho no tienen ninguna vigencia y no es aplicable el principio de que la ignorancia o el error no excusan. Al contrario, la ignorancia y el error producen efectos determinantes sobre la existencia de la responsabilidad penal.”*¹²¹⁹ Esta advertência deve ser clara o suficiente, não bastando a publicação da lei, no sentido de permitir que se oriente as condutas conforme a norma. Para tanto, a existência de um Código Penal, sem legislação extravagante, é o ponto de partida.¹²²⁰ Consequência deste princípio é o de que o sujeito não pode ser declarado responsável, dado que o que se demanda de conhecimento, dentro das condições propiciadas, mostra-se impossível. Se o indivíduo não sabe da ilicitude, o desconhecimento da lei, portanto, salva¹²²¹. Razoável, ademais, que em sociedades com alto índice de analfabetismo e manietados pela história recente autoritária, que exista uma debilidade de conhecimento e compreensão das regras proibitivas, cabendo ao Poder Judiciário, no processo, apurar essa situação¹²²².

4 – A *opacidade* do Direito, portanto, constitui-se em pedra de toque da manutenção do *fantasma* da coerção estatal¹²²³. Não se constitui, contudo, numa fatabilidade inevitável, podendo se caminhar em sentido diverso, democrático, dado que essa *opacidade*, por certo, é mecanismo de manutenção do poder¹²²⁴. É

¹²¹⁹ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho penal...*, p. 266.

¹²²⁰ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho penal...*, p. 268.

¹²²¹ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho penal...*, p. 268: “Em síntesis, todas las formas de error que han sido relevantes para la realización de la acción impiden que esa persona sea sujeto pasivo de la reacción penal, es decir, no puede ser declarado responsable.”

¹²²² BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho penal...*, p. 270: “El principio de advertencia suficiente (así como una visión política del principio da legalidad) obligan a un programa punitivo austero, claro y ampliamente difundido. Cuando los legisladores no cumplen con este mandato los jueces no deben subsanar esos errores generando presunciones de conocimiento de la ley, ni la doctrina debe construir subterfugios para sustraer el conocimiento concreto de la prueba en juicio.”

¹²²³ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho...*, p. 164: “Una vez más: el poder asentado en el conocimiento del modo de operar del derecho se ejerce, en parte, a través del desconocimiento generalizado de esse modo de operar. La preservación de ese poder requiere la reproducción del efecto de desconocimiento. Requiere, en fin, opacidad.”

¹²²⁴ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho...*, p. 183: “El hijo de la opacidad, pues, ha procurado enhebrar asuntos aparentemente tan heterogéneos. Queda al improbable lector determinar si ello se ha conseguido. Mientras tanto, es necesario ratificar, por si fuera el caso, que una parte de la opacidad del derecho no es fatalidad. Es manipulación, ocultamiento, monopolización deliberada del saber, estrategia de

possível, assim, na linha do que é reconhecido no art. 14, I, da Lei n. 9.605/98 – Lei dos Crimes Ambientais –, a atenuação da pena em face do ‘*baixo grau de instrução ou escolaridade do agente*’, a extensão da mitigação para todos os demais delitos, uma vez que o Poder Legislativo não pode tratar desigualmente os demais cidadãos em face da impossibilidade de *exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia*, construção já invocada (Cap. 3º), advinda da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, o princípio da impossibilidade de “*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade (willkürlicher Begünstigungsausschluss)*”¹²²⁵, exige que se reconheça a todos que a incapacidade de compreensão da lei é um fator condicionante do reconhecimento da culpabilidade, levando-se a sério a implementação do *princípio da isonomia*.

Mendes explica:

Ponto de partida para o desenvolvimento dessa variante de decisão foi a chamada ‘exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade’, que se verifica quando a lei, de forma arbitrária, concede benefícios a um determinado grupo de cidadãos, excluindo, expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores. (...) Tem-se uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos, sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo; e explícita, se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos.¹²²⁶

É que o Poder Legislativo não pode diferenciar o cidadão exclusivamente em face dos ‘crimes ambientais’, eis que o ‘grau de instrução’ também é condicionante nos demais delitos. Dito de outra forma, é inconcebível a diferenciação de tratamento aos cidadãos em face da conduta cometida, porque seu condicionante é pessoal. Não se trata de uma pessoa cometendo o ‘crime ambiental’ e outra, por exemplo, a ‘ameaça’ ao policial que o prendeu. É bom se frisar que não é somente nos ‘crimes ambientais’ que ocorre a ignorância da lei. Manter a atenuação somente nos ‘crimes ambientais’ viola frontalmente o art. 5º, *caput*, da Constituição da República. Logo, em todos os delitos é possível o manejo dessa condicionante.

reproducción del poder. Y que tal estado de cosas es suceptible de ser democráticamente modificado. Y que vale la pena modificarlo.”

¹²²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*..., p. 214-216.

¹²²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*..., p.214.

5 – **Zaffaroni**¹²²⁷, neste sentido, elaborou uma distinção entre *conhecimento e compreensão* das normas, denominando de “*erro culturalmente condicionado*”¹²²⁸. A *marginalidade*, a *exclusão* e a *pobreza* não podem ser relevados mais pelo singelo axioma romano de que ninguém pode se escusar da responsabilidade alegando desconhecimento, eis que esta ficção ganha contornos patológicos nesta quadra da civilização, agravada em realidades de periferia do capitalismo, nas quais a exclusão social é evidenciada¹²²⁹. Assim é que cada caso deve ser analisado em sua *singularidade*, apurando-se a possibilidade de compreensão e rompendo-se com o sujeito universal do Direito¹²³⁰. De fato, existe o que **Zaffaroni** denomina como ‘co-culpabilidade’ que sem abandonar o ‘livre-arbítrio’ reconhece a influência das condicionantes sociais:

Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não é possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar. (...) Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do art. 66.¹²³¹

De sorte que o ‘princípio da co-rrresponsabilidade social’, deve ser levado em consideração no momento da imposição da responsabilidade penal individual. O

¹²²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 644-647.

¹²²⁸ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho...*, p. 45-46: “Comprender una norma, dice, no implica sólo conocerla. El conocimiento es un grado anterior a la comprensión. Esta última implica el estar en condiciones de internalizar la norma, de hacerla parte del propio dispositivo psíquico, al menos de estar en condiciones de asumir su antijuridicidad. Cuando ello esté obstado por un condicionamiento de tipo cultural, el reproche penal, en un sistema democrático, no podrá formularse.”

¹²²⁹ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho...*, p. 60-61: “Cabría agregar: no todos pueden comprender y apropiarse del discurso de los derechos. Para muchos, hoy quizá para la mayoría, el derecho es un discurso opaco, críptico y, con ello, ajeno e indisponible.”

¹²³⁰ CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho...*, p. 79: “Es claro que, desde el punto de vista dogmático, muchas son las dificultades para recortar con precisión la diferencia entre la evitabilidad y la inevitabilidad del error. Pero, desde la perspectiva política de un Estado democrático, la culpabilidad no puede fundarse en que se ha violado un deber de comprensión, sino en que no se ha hecho uso de un derecho de comprensión del que se disponía en concreto y que es el presupuesto del deber de abstenerse de cometer injusto. Será necesario analizar las características de cada caso, teniendo en cuenta las condiciones del sujeto, su grado de instrucción, el medio cultural al que pertenece, la actividad que desempeña, la co-culpabilidad, las circunstancias del hecho, las contradicciones de la jurisprudencia o de los reglamentos, la oscuridad de la ley, etc.”

¹²³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral...*, p. 611.

entorno e suas especificidades redundam, muitas vezes, na real impossibilidade do conhecimento universal das regras proibitivas. Nos dizeres de **Binder**:

No puede existir responsabilidad personal cuando la sociedad o el Estado han construido condiciones generales de vida que se convierten en condicionantes tan fuertes respecto de una persona que su ejercicio de libertad (es decir, su capacidad de superar esos condicionantes) queda en los hechos prácticamente abolida o sometida a esfuerzos que esa persona en concreto es extremadamente difícil que pueda realizar.¹²³²

A idéia é a de que o indivíduo está inserido no mundo da vida, no qual as condições (não) propiciadas pelo Estado e Sociedade devem necessariamente ser levadas em consideração no momento da imputação da responsabilidade, dado que as condicionantes concretas de exclusão (econômicas, culturas, sociais, dentre outras), influenciam o agir¹²³³, mormente no Brasil.

6 – Por isso, no momento de consideração da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal e, desde que se vislumbre a pertinência da condicionante social, da *co-culpabilidade*, é possível a diminuição da pena. Numa sociedade excludente como a brasileira, essa diminuição, diante da *seletividade* do sistema penal, deveria ser a regra.

Carvalho pretende, com acerto, que a ‘condicionante intelectual’ também seja analisada a partir do art. 66 do Código Penal, eis que repercutem na aferição da auto-determinação do acusado, sendo, ademais, perfeitamente refutáveis no decorrer do processo em face das provas amealhadas:

Neste sentido, entendemos imprescindível a ampliação, em nível operacional (jurisprudencial), da regra do art. 14, inciso I, da Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Segundo o referido dispositivo, é circunstância que sempre atenua a pena o *baixo grau de instrução ou escolaridade do agente*. (...) ‘Em primeiro lugar, é plenamente admissível, na estrutura do direito penal de garantias, a utilização da analogia desde que não seja para prejuízo do réu. A admissão é tida como pacífica na jurisprudência e na doutrina, dispensando maiores divagações. Todavia, para além da construção dogmática na teoria da norma – viabilização da analogia *in bonam partem* por força do princípio da

¹²³² BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho penal...*, p. 277-278.

¹²³³ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho penal...*, p. 280: “Cuando el modo concreto como ha tratado el Estado a esa persona y ha contribuido a forjar su vida, tiene una relación directa con los actos ilícitos, ya sea porque el estado há sido gravemente negligente en el trato a esa persona o la há sometido a condiciones particulares de vida que ha reducido de un modo manifiesto su capacidad de superar los condicionamientos normales, ello debe ser tomado en cuenta al discutir la responsabilidad de esa persona.”

legalidade estrita –, a regra do art. 66 do CP é clara e isenta de dubiedades, permitindo não só a inclusão das circunstâncias objetivas descritas como atenuante obrigatória na Lei dos Crimes Ambientais, que versam sobre o nível de escolaridade do agente, mas também no que diz às condições econômicas do imputado.¹²³⁴

§ 17 – Culpabilidade e o ‘encurtamento garantista’: exigência democrática

1 – Por outro ângulo, a construção de uma ‘liberdade de escolha’, fulcrada no ‘livre-arbítrio’, encontra condicionantes *inconscientes* inexprimíveis no *Simbólico*. O padrão de normalidade da conduta, do poder agir de maneira diversa, mesmo se adotada a “dirigibilidade normativa” de **Roxin**¹²³⁵, traz consigo uma construção impossível de ser aceita, salvo ao preço de muita retórica. O julgamento, aqui também, é da ordem subjetiva, cheia de jogos e manhas, salvo se adotado o ‘encurtamento conceitual’ de **Ferrajoli**, no sentido de que a *culpabilidade*:

Assim, fica solidamente redimensionada a máxima cognitivista, formulada já há cinco séculos por Brian e retomada por Beccaria, da impenetrabilidade e não processabilidade de pensamentos e intenções. A culpabilidade não é nem um pensamento nem um mero aspecto interno da pessoa, como pretendem as orientações puramente subjetivistas, senão um elemento do fato, isto é, uma *conditio sine qua non* do mesmo, fundada, mais do que em razões éticas ou utilitaristas, na estrutura lógica da proibição, que implica a possibilidade material de realização ou omissão da ação, imputáveis, ambas, à intenção de um sujeito. Como tal, aquela é constatável, empiricamente, por meio de procedimentos indutivos, não distintos, em princípio, dos que permitem comprovar o chamado ‘elemento objetivo’.¹²³⁶

Assim o ‘encurtamento garantista da culpabilidade’ (Cap. 4º) deve ser visto de maneira que se não perquiria o interior do agente, mas tão-somente a exterioridade da conduta:

Conclui-se, pois, que o livre-arbítrio, ou a possibilidade alética segundo Ferrajoli, entendido como pressuposto normativo da culpabilidade, corresponde ao atuar, mas nunca ao ser do autor. Como consequência, impede que se utilize a culpabilidade como atributo (adjetivo) da pessoa, mas apenas como uma relação de comportamento. Logo, exemplifica Ferrajoli que é inadmissível advogar que ‘A é culpado’, mas tão-somente que ‘A é culpado de uma ação’, pois a interioridade

¹²³⁴ BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena...*, p. 66-67.

¹²³⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Penã. Madri: Civitas, 1997, p. 792-793: “El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídicopenal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que ele era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.”

¹²³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 401.

da pessoa não deve interessar ao Direito Penal mais do que para deduzir o grau de culpabilidade de suas ações.¹²³⁷

2 – Somente isso pode ser perquirido, resultando que a *culpabilidade* em face da conduta deve se circunscrever à possibilidade de agir de modo diverso, conforme a norma, mas não de forma a aumentar a pena base. É que a *culpabilidade* é condição para a imposição da sanção, caso contrário há exculpante, constituindo-se, pois, em *bis in idem* a sua sobreposição na configuração do tipo e na aplicação da pena. Por isso, é ilegal a majoração da pena base diante da *culpabilidade* com o adjetivo que quiser, retoricamente, dar-se: *exasperada, forte, acima da média...*

§ 18 – Ainda Inferência Prática: a decisão dirigida ao mundo da vida.

1 – No terceiro momento do Sistema Garantista (SG), da inferência prática, dirigida ao *mundo da vida*, é preciso que os atores jurídicos e, em especial, o *um-juiz*, dê-se conta de que sua decisão gera efeitos inexoráveis nos envolvidos (acusado, vítima, etc.). Não é uma atividade lúdica, nem desprovida de uma função na estrutura social, como exaustivamente se deixou assentado¹²³⁸. Daí é que, comprovada a autoria e materialidade da infração, bem como os pressupostos para aplicação de sanção, reabre-se na aplicação da pena um momento especial de invocação do *garantismo* e da atuação emancipatória, como aponta **Bueno de Carvalho**:

Finalmente, além de conhecer a si próprio, a situação em litígio e o todo social, deve, a partir daí, decidir com um pé na utopia. Sentenciar com a perspectiva do amanhã, com a possibilidade transformadora na diretiva da utópica vida com dignidade para todos. E propor o ainda não, mas que pode vir a ser. Decidir com os olhos no futuro e não no passado, como se as coisas não se alterassem. É fazer parte ativa na construção de novo modelo social.¹²³⁹

2 – Isso porque pela construção efetivada, o fundamento da pena é *agnóstico*, como indica **Carvalho**, sendo anti-democrática qualquer pretensão de reforma

¹²³⁷ BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena...*, p. 40.

¹²³⁸ STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade...*, p. 44: “Vamos entender que o direito não é simplesmente um processo em que o juiz subsume um caso particular numa espécie de princípio universal. Vamos começar a perceber que este princípio, do qual tanto se faz uso no direito – da subsunção –, é um caso concreto, (...) faz parte de um mundo comum, de onde a lei emerge e de onde o juiz, de certo modo, retira os critérios últimos para aplicar a lei a um caso. Quer dizer, começamos a perceber em todos os campos das ciências humanas esta questão do *mundo vivido*.”

¹²³⁹ BUENO DE CARVALHO, Amilton. *O juiz e a jurisprudência...*, p. 8.

interior ou moral do condenado¹²⁴⁰, na linha *fascista* da ‘Defesa Social’ (Cap. 6º). A *secularização* antes indicada impede a análise incontrolável, por *infalsificável*, da subjetividade do agente. A atuação constitucionalizada do Poder Estatal é o de aplicar *isonomicamente* a pena, independentemente de critérios subjetivos e incontrolados, tudo de maneira fundamentada e *falsificável*. Todavia, remanesce a aplicação dedutiva do Código Penal (arts. 32-99), sem que se dê a verdadeira dimensão ao processo de *secularização* nessa etapa processual. Consabido, também, que a aplicação da pena se procede em três etapas distintas, nos termos do art. 68, do Código Penal, primeiro com a fixação da pena base, depois as *agravantes e atenuantes* e, ao fim, as *causas especiais de aumento e diminuição*.

§ 19 – Relendo as ‘Circunstâncias Judiciais’ a partir do Sistema Garantista

1 – No vasto campo de redefinições semânticas propiciado pelo Código Penal, encontra-se só fértil para a garantia dos postulados do Estado Democrático de Direito, barrando-se, por assim dizer, as possibilidades de julgamento do acusado, mas sim de sua conduta, deixando-se de conjecturar sobre a subjetividade dele, por absoluta inconstitucionalidade, utilizando-se a matriz ‘garantista’.

2 – Assim é que as ‘circunstâncias judiciais’ previstas no art. 59, do Código Penal, *culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e as circunstâncias e consequências do crime*, precisam ser analisadas mais detidamente, uma vez que a ‘pletora de significantes’ é utilizada de maneira anti-garantista, desprezando-se o processo de *secularização* da sociedade contemporânea. De sorte que o julgamento, bom se lembrar, é da conduta e não da pessoa do acusado que, todavia, na fase de aplicação da pena é esquecido em nome da ‘Defesa Social’, pois como afirma **Carvalho**, em obra pioneira, “*no momento da sentença penal condenatória, o sistema revela toda sua perversidade ao admitir o emprego de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado com averiguação probatória.*”¹²⁴¹ Neste pensar **Andrade**¹²⁴² possui razão

¹²⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 33: “Disso resulta excluída, ademais, toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correccional.”

¹²⁴¹ BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena...*, p. 30.

¹²⁴² ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito ao Direito II...*, p. 81: “Destacam-se: ‘Personalidade mal formada, agressiva e com contornos de distorção moral’, ou ‘É mal formada, justamente em decorrência do baixo nível social em que sempre viveu’. Ou seja, o pobre tem personalidade mal formada; e o rico, não. (...) Frases

ao argumentar que tudo já se encontra em frases feitas repassadas nos ‘cursinhos para concurso’, depois utilizadas na prática forense, sem qualquer reflexão crítica, tornando as decisões absolutamente nulas num ‘Estado Democrático de Direito’.

§ 20 – Os pecados eternos: a ficha dos antecedentes do excomungado

“A vida é feita de atitudes nem sempre decentes. Não lhe julgam pela razão mas pelos seus antecedentes.” Chorrão

1 – Na esteira do argumento de **Legendre**, a ‘Instituição’ modificou apenas as máscaras, mantendo a ficha de *antecedentes* como verdadeiro limite entre os que permanecem *puros, bons*, e os *pecadores, maus*, “*onde a sistemática medieval nos pega: por seu produto apto a passar por várias versões dos signos do Poder: a Lei.*”¹²⁴³ A violência simbólica atua eficientemente no inconsciente dessa divisão maniqueísta e reducionista da sociedade, cujos objetivos já foram explicitados (Caps. 1º e 6º).

2 – Os *antecedentes* se constituem, pois, na ‘ficha de pecados’ do acusado e devem ser lidos, no mínimo, *conforme a Constituição*, a fim de se evitar a estigmatização eterna, como denunciou **Wacquant**¹²⁴⁴ em relação aos condenados por agressão sexual nos EUA que constam indefinidamente na lista dos *Sex offender* (www.sexoffender.com), desumanizando o Direito Penal, na perspectiva de ‘Defesa Social’. O condenado jamais se livra da sanção, servindo para *sempre e sempre* lhe recrudescer a resposta estatal, sendo que tal raciocínio vigora no Brasil. **Carvalho** defende, com base em decisão do Superior Tribunal de Justiça¹²⁴⁵, a fixação de critério temporal para sua consideração e, recorrendo à analogia, entende que “*o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos – delimitação*

montadas, repetitivas e vazias, que não dizem absolutamente nada, decidem quantos anos um cidadão passará na cadeia.”

¹²⁴³ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 47.

¹²⁴⁴ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres...*,

¹²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n. 2.227-2-MG. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. DJU, 29 de março de 1993: “Direito Penal. Reincidência. Antecedentes. O art. 61, I do CP determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo.”

temporal da reincidência –, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal.”¹²⁴⁶

Evidentemente que somente poderiam ser considerados, em tese, como antecedentes, dada a ‘presunção de inocência’ (CR, art. 5º, LVII), as condenações por sentença. Contudo, na compulsão de perseguir o ‘mau’, qualquer registro, conforme alinha **Bissoli Filho**¹²⁴⁷ – inquéritos arquivados, sentenças condenatórias que não gerem reincidência, processos em curso, conciliações penais, transações penais, processos prescritos, absolvições por ausência de provas, processos administrativos ou fiscais, condenações em processo de separação e divórcio, perdas e destituições do poder familiar, insolvência civil, falência, ações de improbidade, atos infracionais, são capturados para aumentar a pena base, por – cinicamente – ‘denotarem o envolvimento com o mundo maligno do crime’¹²⁴⁸. **Pavan** procede a rigoroso estudo na doutrina e jurisprudência sobre o tema e adverte que na prática jurídica há um imbricamento entre *culpabilidade* e *periculosidade*, medindo-se a primeira conforme a lista do que se chama *antecedentes*, transformados “no sintoma de uma personalidade perigosa.”¹²⁴⁹

3 – Nesse momento o *autor* que passa a ser julgado não pelo que *fez*, mas pelo que *fez no passado* e é¹²⁵⁰, em franca violação dos postulados garantistas, funcionando muitas vezes para sustentar a condenação no caso de ausência de certeza. Isto é, em caso de dúvida, consulta-se *inconstitucionalmente* os antecedentes e se existirem, o julgamento acaba em condenação, aplicando-se um *indutivismo* ingênuo. Dentre as hipóteses possíveis de maus antecedentes, a única constitucionalmente possível, segundo **Pavan**, seria a da condenação “*por fato anterior transitada em julgado antes da nova condenação.*”¹²⁵¹ Entretanto, **Suannes**,

¹²⁴⁶ BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena...*, p. 40.

¹²⁴⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização...*, p. 62-63.

¹²⁴⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1, p. 484; MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1994. v. 1., p. 278.

¹²⁴⁹ PAVAN, Laisa. Algumas considerações sobre ‘antecedentes’ no artigo 59 do Código Penal... In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 183.

¹²⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral...*, p. 119: “Seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal do autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, *mas que também respeite* a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o ‘ser’ de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.”

¹²⁵¹ PAVAN, Laisa. Algumas considerações sobre ‘antecedentes’ no artigo 59 do Código Penal..., p. 185.

após invocar os Direitos Humanos e discorrer sobre a construção doutrinária e jurisprudencial dos ‘antecedentes’, afirma corretamente:

Tais considerações [da Escola Positiva] são absolutamente incompatíveis com o pensamento da Criminologia contemporânea, que não mais vê na pena propósitos reeducacionais ou recuperadores, mas tão-somente aquilo que, na prática, ela realmente é: uma retribuição por aquilo que se fez. Faz, pagou. Caso encerrado. Censurável eticamente esse *bis in idem* (o fato anterior é levado em conta duas vezes: quando sentenciado lá e quando sentenciado aqui!).¹²⁵²

De sorte que, levando-se a sério os *Direitos Fundamentais*, nada pode ser considerado como ‘maus antecedentes’, eis que as construções ‘positivas’, manifestadas pela ‘periculosidade’¹²⁵³ e ‘Defesa Social’ foram desterradas de uma sociedade que se quer democrática, sendo o agravamento evidente *bis in idem*.

§ 21 – A personalidade: o inimigo secreto. Quem julga, é julgado

1 – Sobre a ‘*personalidade*’ do agente, os julgamentos moralizantes desfilam com todo o vigor. Auto-arvorando-se em censores de toda-a-ordem-moral, a maioria dos magistrados *adjetivam* muito mais do que democraticamente poderia se esperar. Julgam, enfim, o ‘pária’ com um desdém demoníaco, em nome da ‘segurança jurídica’ e do ‘bem’, obviamente. Apesar de assim procederem, suas pseudo-constatações são o mais puro exercício de imaginação, quiçá um auto-julgamento, projetando no ‘outro’ seu ‘inimigo interno’, sem, ademais, qualquer hipótese comprovada, refutável em contraditório¹²⁵⁴, mas tão-somente *impressões* pessoais, lugares-comuns, *incontroláveis*, *fascistas*.

A valoração negativa da personalidade é inadmissível em Sistema Penal Democrático fundado no Princípio da Secularização: ‘o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade - cada um a tem como entende’. (...) Mais, a alegação de ‘voltada para a prática delitiva’ é retórica, juízes não têm habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o

¹²⁵² SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo legal...*, p. 239.

¹²⁵³ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil...*, p. 71: “O julgamento do juiz refere-se a um tipo de anormalidade reconhecida no delinqüente, a ‘periculosidade’. (...) doentes mentais são também vistos como perigosos, juntamente com os reincidentes, os condenados por crimes organizados e, o que é mais importante: todo e qualquer criminoso, desde que o juiz o avalie como virtual reincidente. (...) A personalidade perigosa é definida como aquela em que existe uma tendência delituosa.

¹²⁵⁴ BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena...*, p. 46: “O critério personalidade, presente no corpo do art. 59 do CP, não obstante ser, dado a sua natureza, controverso, não apresenta, desde o modelo acusatório, possibilidades de verificabilidade processual pelo magistrado e pelas partes.”

jugador proferir ‘diagnósticos’ desta natureza.¹²⁵⁵

2 – Conforme assinala **Carvalho**, não se sabe o que o termo pode significar dada a multiplicidade de teorias e métodos existentes, afora as ‘múltiplas personalidades’¹²⁵⁶ avivadas no caso *Lortie*¹²⁵⁷, e, mesmo assim, continuam sendo utilizados ‘jargões morais jurídicos’ para, retoricamente, fingindo fundamentar, agravar-se a pena. Parte-se, ademais, *inconstitucionalmente*, de um modelo ‘*chapa branca*’ de família¹²⁵⁸, conduta e sociedade dito médio, ou melhor, da classe média à qual o magistrado acredita – ilusoriamente – ter sido incluído ao passar no concurso¹²⁵⁹. Tudo que fugir daquilo que o ‘homem médio’, não se sabendo exatamente o que isso significa, serve para majorar a sanção.

Neste espaço ressurge o *discurso* matreiro da ‘Escola Positiva’ (Cap. 6^o) arraigado no (in)consciente do *um-julgador*, onde “*eles permanecem vivos, ainda que vampirescamente refugiados nas próprias tumbas, à espera dos enigmas chocantes – um maníaco do parque, por exemplo – cujo sangue lhes garantirá mais sobrevivida.*”¹²⁶⁰ Ainda que recentemente tenha sido defenestrada – já vai tarde – a ‘opinião criminológica’ tocaia o acusado, irrompendo neste momento da aplicação da pena. Lá está ela, a ‘personalidade’, o acusado, sendo julgado arbitrariamente. Em face da série de condicionantes anteriormente construídas, dependendo dos fatores pessoais do *um-juiz*, será manejada retoricamente para aumentar a pena, partindo-

¹²⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão em apelação criminal n. 70004496725. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, DJ, 29 de março de 1993: “Outrossim, o gravame por valoração dos antecedentes é resquício do injusto modelo penal de periculosidade e representa *bis in idem* inadmissível em processo penal garantista e democrático: condena-se novamente o cidadão-réu em virtude de fato pretérito, do qual já prestou contas.”

¹²⁵⁶ ROUDINESCO, Elisabeth. *Por que a psicanálise?*..., p. 102: “Quando foi sexualmente agredida por um homem e levou o caso aos tribunais, o promotor sustentou que a mulher tinha 21 personalidades, nenhuma das quais havia consentido em manter relações sexuais. Os juristas e os psiquiatras puseram-se então a discutir se as diferentes personalidades dessa mulher seriam capazes de depor sob juramento e se cada uma delas tinha ou não suas próprias aventuras sexuais. Em 1990, o homem foi julgado culpado, pois três das personalidades da vítima depuseram contra ele. Após uma contra-perícia, entretanto, realizou-se um novo julgamento. Alguns psiquiatras afirmaram, na verdade, que a mulher tinha 46 personalidades, e não 21. Assim, era preciso saber se essas novas personalidades também prestariam depoimento no processo. (...) Casos como esses tornaram-se freqüentes no continente americano. Eles mostram com clareza a que fanatismo pode levar a idéia de que todo ato sexual é *em si* um pecado, um estupro, um trauma, e de que todo inconsciente é uma instância dissociada, sem dar margem alguma à subjetividade.”

¹²⁵⁷ LEGENDRE, Pierre. *Lecciones VIII – El crimen del cabo Lortie – Tratado sobre el Padre...*, p. 59-64.

¹²⁵⁸ WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 38, p. 38: “O capitalismo, para acomodar os indivíduos em seu proveito, impõe modelos de desejo. Assim circulam modelos de infância, de pai, de casamento, todos construídos em nome do dever e da verdade. Dessa forma, no centro do desejo, fica instalada a propriedade.”

¹²⁵⁹ BUENO DE CARVALHO, Amilton. O juiz e a jurisprudência..., p. 4.

¹²⁶⁰ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil...*, p. 10.

se da lógica de que o criminoso é um doente moral e, como tal, a pena seria seu tratamento – ela pode curar – e o juiz é o legitimado para aplicar a salvação, no eterno: “*jogo do culpado e do pastor, onde opera simbolicamente uma cena de sacrifício.*”¹²⁶¹

3 – Destaque-se que **Rauter** promoveu meticuloso estudo sobre os ‘diagnósticos psicológicos’, destacando seu acolhimento acrítico e a função de ‘mecanismo de desencargo do julgador’ a serviço da dominação, constituindo o laudo psicológico, assim, uma ‘roupagem científica’ que esconde o seu papel ‘político-ideológico’ (Cap. 6º), com efeitos diretos no futuro do indivíduo, principalmente no momento da Execução Penal:

Além disso, por se tratar de procedimento normalmente reconhecido como científico, aceita-se sem muita discussão que ele cumpra realmente o que a Justiça espera dele: fornecer uma espécie de retrato fiel daquilo que se passa no interior do indivíduo, seus desejos, tendências, os motivos que o levaram ao ato criminoso e, ainda mais, uma previsão sobre as possibilidades de vir a reincidir no erro. De posse desta espécie de ‘radiografia’ (ou exercício de futurologia...), a Justiça poderia enfim ter o respaldo seguro de uma ciência.¹²⁶²

4 – Por outro lado, nesse vazio de sentido, a ser preenchido pelo *um-juiz*, há espaço para que no olhar do ‘outro’ se julgue a si próprio¹²⁶³. Enfim, prepondera muitas vezes o ‘inimigo secreto e íntimo’, do conto de **Abreu**¹²⁶⁴, adjetivando a ‘personalidade’ do *outro-eu*, cabendo a indagação de **Bueno de Carvalho**: “*Assim, quantas e quantas vezes, por não se conhecer, o julgador pune, inconscientemente, os outros, quando, em verdade, está cuidando de abafar sua própria e mal resolvida angústia*”¹²⁶⁵ e conta um *causo*:

¹²⁶¹ LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 130.

¹²⁶² RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil...*, p. 84.

¹²⁶³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do Processo Penal..., p. 36: “É sempre um tal de acertar contas com o passado, com o pai, com a mãe, com as funções (explicitadas pela psicanálise), por elementar que sempre incompletas. Não é por outro motivo perseguir o homem o seu *desejo*, buscando-lhe dar-lhe satisfação, embora saiba *ex ante* ser ela sempre parcial. Não há, porém, nada de anormal nisso; muito pelo contrário: aí está a história de cada um de nós.”

¹²⁶⁴ ABREU, Caio Fernando. *Fragmentos*. Porto Alegre: L&PM, 2002, p. 142-147. A história narrada neste conto é a do empresário que passa a receber cartas anônimas em que sua vida é desvelada: cachorradas; aborto da secretária jovem e do interior; abandono da mãe num asilo, onde morreu; suicídio do ex-sócio depois que lhe deu o golpe; fracasso sexual; a mulher que o traía, sem ele saber; até que um dia, após seis meses, cansado, pede à secretária um envelope branco, coloca na máquina e escreve: “Seu verme, ao receber esta carta amanhã, reconhecerá que venci. Ao chegar em casa, apanhará o revólver na mesinha-de-cabeceira e disparará um tiro contra o céu da boca”. Acendeu um cigarro. Depois bateu devagar, letra por letra: ‘Cordialmente, seu Inimigo Secreto’. Datilografou o próprio nome e endereço na parte esquerda do envelope, sem remetente. Chamou a secretária e pediu que colocasse no correio. Como vinha fazendo nos últimos seis meses.”

¹²⁶⁵ BUENO DE CARVALHO, Amilton. *O juiz e a jurisprudência...*, p. 7.

Um exemplo – que muito tenho referido – já faz parte do anedotário forense. Conta a lenda que determinado julgador, com vida sexual recatadíssima, sempre e sempre, condenava acusados por delitos sexuais. Fez isso durante toda a sua atuação enquanto juiz. Acontece que ele se aposentou e a partir daí se liberou sexualmente. Logo após o jubileamento, revelou-se conquistador inquieto, a ponto de ser motivo de chacota. A explicação entre o juiz que não admitia qualquer relação de sexo e o não-juiz (aposentado) conquistador vulgar está em que, enquanto juiz, não se permitia ter uma vida sexual livre e repudiava aqueles que assim procediam. Sentia-se agredido porque os outros se permitiam ter vida sexual abundante e somente logrou assim agir quando se sentiu homem ‘comum’. Condenava, pois, não aos outros, mas a sua sexualidade não-resolvida. No entanto, quem ia para a cadeia por causa de seu problema sexual era o *outro*, o réu.¹²⁶⁶

Referindo-se ao mesmo ‘causo’, **Andrade** conclui pelo viés *psicanalítico*, que:

O inconsciente determina, em grande parte, a ação humana. O magistrado em questão, possuidor de desejos (ou pulsões) reprimidos, buscou, no excesso de rigor moral e legal, uma forma de domá-los, escondê-los ou sublimá-los. Talvez fosse um caso típico de deslocamento. Pode, até mesmo, que a vontade de condenar tivesse como base a inveja daqueles que tiveram coragem de praticar os atos por que ansiava, mas não se permitia realizar. (...) Ressalvadas as diferenças nas tensões pulsionais e na subjetividade de cada um, o dilema daquele magistrado reproduziu o dilema de todos os julgadores: conciliar as inseparáveis questões afetivas e de sexualidade com as questões profissionais.¹²⁶⁷

§ 22 – Mais ainda: conduta social

“Vejo o lado ‘ortodoxo’ (as pessoas que pensam que expulsar os gays das forças armadas promove os valores tradicionais da família) como sendo composto por pessoas do mesmo tipo daquelas pessoas honestas, decentes, cegas e desastrosas que votaram em Hitler em 1933.” Richard Rorty

1 – A *conduta social*, também na linha da ‘mentalidade criminológica’ vasculha qualquer situação da vida pessoal para ali encontrar, retoricamente, um motivo para majoração da pena. Qualquer pessoa possui na sua ‘história pregressa’ situações traumáticas, geradoras de situações psicológicas (neuroses, psicoses, etc) e qualquer acontecimento é pescado para justificar a majoração da pena. O passado

¹²⁶⁶ BUENO DE CARVALHO, Amilton. O juiz e a jurisprudência..., p. 6-7.

¹²⁶⁷ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito ao Direito II*..., p. 29-30.

é retomado, não no sentido que pretende a *psicanálise*, mas para justificar o presente, a pena.

2 – **Rauter** sustenta que partindo de um modelo de família ideal – pai, mãe, casa, filhos, carro, cachorro, etc – valores típicos da classe dominante, acolhidos como paradigma e obliterando qualquer contradição e luta de classes, no melhor estilo de justiça *neoliberal*, o parecer aponta um lugar-comum, um ‘estereótipo’, fundamentador da exasperação: a) famílias onde ocorreu a morte do pai ou o abandono precoce por parte deste; b) famílias onde o pai bebe, está preso ou doente; c) famílias onde a mãe cria o filho sem o pai, ou onde a mãe tem filhos de homens diferentes; d) famílias onde a mãe está ausente, mesmo que seja por ter que trabalhar; e) famílias onde a mãe bebe, está presa, é prostituta, etc.¹²⁶⁸. Ninguém discute que a ‘seleção’ e o ‘etiquetamento’ daqueles que serão pegos pelas malhas da Justiça recai sobre a população excluída¹²⁶⁹, onde o modelo ‘tradicional’ de família não vigora, e é tão democrático como o de qualquer outro; inexistente um modelo ‘chapa branca’ de família, malgrado alguns totalitarista ainda de plantão. A *miséria*, a *exclusão*, então, no momento da aplicação da pena são novamente invocados para, desde uma perspectiva de ‘periculosidade’ e ‘Defesa Social’, prevenir-se do ‘outro’, do ‘estranho’ (**Freud**), prendendo-o o maior tempo possível¹²⁷⁰. Pura canalhice.

O movimento, então, deve ser o inverso, indicado por **Miranda Coutinho e Marques**:

Ressalte-se, entretanto, que se não pretende, nem se deve, descartar as teorias herdadas dos países centrais. O que se quer aqui, com relação às teorias criminológicas recepcionadas na periferia, é salientar o importante processo de filtragem, que fundamentalmente deve ser adotado em direção ao ponto de vista seguido pelos teóricos do centro, que está em conformidade com sua história, a fim de buscar a adoção de um modelo alternativo, preocupado com os interesses periféricos, sempre com referência ao poder mundial. A criminologia da América

¹²⁶⁸ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil...*, p. 92-93.

¹²⁶⁹ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito ao Direito*. Curitiba: JM, 2001, p. 33: “A maioria dos criminosos, aqueles que realmente praticam os delitos de grande gravidade social, os atos antijurídicos e anti-sociais (crimes do colarinho branco, sonegação de impostos, corrupção ativa e passiva, os verdadeiros traficantes e demais delinqüentes endinheirados) nunca passaram perto de uma cela, salvo raríssimas exceções.”

¹²⁷⁰ RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil...*, p. 102: “Mais realista do que o rei, nossos peritos se conduzem como se de fato a justiça fosse ‘cega’ e descompromissada. Evidencia-se, pela leitura dos laudos de exame, a crença numa Justiça imparcial, acima das classes, uma espécie de regulador apolítico da ordem social. Tal crença equivale também a uma despolitização do próprio papel do técnico, que dessa maneira atua em continuidade com o Judiciário, exercendo dominação e controle sobre as populações pobres.”

Latina, por mais que deva considerar as relações entre excluídos e incluídos, a fim de propor estratégias de uma política de transformação social, deve assumir, como compromisso teórico, a posição marginal e a partir deste lugar estudar e entender os comportamentos socialmente negativos, com um fim último de libertação.¹²⁷¹

§ 23 – O que resta: motivos, circunstâncias e conseqüências

1 – Por fim, os *motivos e as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima*. Tais ‘circunstâncias judiciais’ também devem ser vistas com reservas. Numa sociedade desigual como a brasileira, as dificuldades sociais devem ser levadas em consideração principalmente nos delitos patrimoniais, excluídos do rol de Direitos Fundamentais (Cap. 3º), para o fim de diminuir a pena base, que pode baixar do mínimo, com o cuidado para não se caracterizarem como ‘*bis in idem*’. O *comportamento da vítima*, por sua vez, serve, a rigor, também para redução.

As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59, do CP, só podem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no art. 5º da Constituição Federal. Se assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento (liberdade individual), só responderá por ele, se sua conduta (lato sensu) for ilícita. Ou seja, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive (mas seus atos são legais) elas não podem ser utilizadas para aumentar sua pena, prejudicando-o.¹²⁷²

2 – No tocante às ‘*circunstâncias e conseqüências*’, desde que descritas na denúncia/queixa e tendo sido objeto da instrução processual em contraditório, são as únicas possibilidades de majoração da pena base além do mínimo legal, sempre em face da violação do bem jurídico tutelado, da lesividade da conduta, da dimensão da ação, ou seja, os princípios garantistas (Cap. 4º). Depende, ainda, caso a caso.

¹²⁷¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MARQUES, Allana Campos. Baratta: *Aldilà* do sistema penal..., p. 110.

¹²⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Acórdão em apelação criminal n. 70000907659. Relator Desembargador Sylvio Baptista. Porto Alegre, 15 de junho de 2000.

§ 24 – A Inconstitucionalidade da Reincidência

1 – A *reincidência* (CP, arts. 63-64) serve para de mãos dadas com a análise da *personalidade* do agente, fixar a pena necessária para sua *recuperação*, com franca influência da ‘Escola Positiva’, e fundamentada na *periculosidade*, violando escancaradamente o princípio do ‘*non bis in idem*’ e da ‘intangibilidade da coisa julgada’ (CR, art. 5º, XXXVI). **Carvalho** argumenta: “*Entendemos que, muito embora o discurso oficial tente ocultar tal justificativa, a teoria que melhor explicita nosso modelo justificador da reincidência é o da teoria criminológica derivada do positivismo, visto a adoção do critério ‘periculosidade’.*”¹²⁷³

Na mesma direção **Zaffaroni** e **Pierangeli** afirmam que se estabelece: “o corolário lógico de que a *agravação pela reincidência não é compatível com os princípios de um direito penal de garantias, e a sua constitucionalidade é sumamente discutível. (...) Na realidade, a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em ‘disciplinadas’ e ‘indisciplinadas’, e é óbvio não ser esta função do direito penal garantidor.*”¹²⁷⁴

2 – Assim é que a ‘reincidência’ congrega uma função simbólica de manter a ‘ordem e a disciplina’, sob pena de um aumento por aquilo que se fez e se quitou, punindo-se, desta forma, novamente a situação anterior, desconsiderando-se que a pena anterior foi cumprida e há coisa julgada. Segundo **Copetti**:

A *agravação da pena do delito posterior é dificilmente explicitável em termos racionais, e a estigmatização que sofre a pessoa prejudica a sua reincorporação social. Em termos de direitos humanos, a igualdade perante a lei, o fim da readaptação da pena privativa de liberdade, a racionalidade das penas e a presunção da inocência, entre outros, resultam afetados. O registro da condenação uma vez cumprida e a sua relevância potencial futura colocam o condenado que cumpriu sua condenação em inferioridade de condições frente ao resto da população, tanto jurídica como faticamente.*¹²⁷⁵

E, como a ‘periculosidade’ foi defenestrada dos Estados Democráticos, impossível seu manejo a partir da incidência de uma ‘oxigenação constitucional’ (Cap. 3º) do Código Penal, razão pela qual é possível concordar perfeitamente com

¹²⁷³ BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena...*, p. 55.

¹²⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral...*, p. 841.

¹²⁷⁵ COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito...*, p. 194.

Streck ao afirmar que: “*esse duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito.*”¹²⁷⁶

3 – Por fim, se mantida a ilusão de que o Estado pode seqüestrar o cidadão para ministrar a ‘recuperação’ e diante da ausência de condições para tanto, no qual o ‘cárcere deforma’, em verdade, a *reincidência* deve ser considerada como ‘atenuante’ e não ‘agravante’ como pondera **Cirino dos Santos**: “*se os efeitos criminógenos da prisão são reconhecidos, então a ineficácia da prevenção especial reduz a execução penal ao terror retributivo. E a questão é esta: se a pena criminal não tem eficácia preventiva – mas, ao contrário, possui eficácia invertida pela ação criminógena exercida –, então a reincidência criminal não pode constituir circunstância agravante.*”¹²⁷⁷

§ 25 – As atenuantes genéricas: um significante curinga

1 – A previsão de ‘*atenuantes genéricas*’ no art. 66, do Código Penal brasileiro (A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei), autoriza uma postura emancipatória desde dentro da dogmática, consoante afirma **Ferrajoli**: “*são conotações em branco que a lei convida o juiz a preencher para mitigar a severidade da pena.*”¹²⁷⁸

2 – Assim é que, diante da sociedade excludente em que se vive, torna-se possível a invocação do descumprimento, por parte do Estado, de *Direitos Fundamentais* constitucionalmente reconhecidos, como elementos da co-responsabilidade antes apontada. Esta amplitude semântica pode e deve funcionar como poderoso curinga a serviço da pena a ser aplicada, cumprindo-se a perspectiva de **Dussel** (Cap. 2º), principalmente em face da ‘miséria carcerária’¹²⁷⁹ deste país.

3 – No espectro do art. 66, do Código Penal, também pode ser incluída a demora na prestação jurisdicional, ou seja, o tempo¹²⁸⁰ injustificado em que o acusado, mesmo não estando preso, ficou sujeito ao processo sem uma definição. O

¹²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri...*, p. 66.

¹²⁷⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 245.

¹²⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 129.

¹²⁷⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias...*

¹²⁸⁰ MESSUTI, Ana. *O tempo com pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33: “A pena é tempo e o tempo é pena.”

juízo em prazo razoável é previsto na normativa internacional de *Direitos Humanos*, constituindo-se em *Direito Fundamental* (Cap. 3º)¹²⁸¹. **Lopes Jr.** assevera:

No Brasil, encontramos uma única decisão que realmente enfrentou a violação do direito de ser julgado num prazo razoável, com a seriedade e o comprometimento efetivo que a questão exige, aplicando uma das ‘soluções compensatórias’ cabíveis. Entendeu a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação n. 70007100902, rel. Des. Luis Gonzaga da Silva Moura, j. 17/12/2003: ‘Penal. Estupro e Atentado violento ao pudor. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenação confirmada. Redimensionamento da pena. Atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase oito anos) associado ao não-cometimento de novos delitos pelo apelante. Hediondez afastada. Provimento parcial. Unânime.’¹²⁸²

¹²⁸¹ ANNONI, Danielle. A não-prestação da justiça em um prazo razoável e a responsabilidade internacional do Estado. In: *Revista Discente – CPGD - UFSC*. n. 1. Florianópolis, 2002, p. 65-66: “Garantias de uma pronta e eficaz prestação da justiça podem ser encontradas em vários artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos. (...) O artigo 8º encerra, contudo, o pleno direito do cidadão de acesso à justiça, garantindo-lhe que, dentro de um prazo razoável.”

¹²⁸² LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal...*, p. 118-119.

Capítulo 9º – O avesso da Epistemologia: decisão como ‘bricolage’ de significantes

“O jurista parece, pois, prisioneiro de um dilema: se reconhece a interligação entre Direito e Política, entre Direito e Ética, vê-se obrigado a negar o caráter científico e a autonomia da própria disciplina; se defende a autonomia da ciência jurídica, deve permanecer com os olhos vendados frente aos processos reais. O preço da compreensão é a confusão e o medo ao desconhecido; o preço da autonomia é a cegueira.” **Pietro Barcellona**

§ 1º – O Sujeito Cartesiano, morreu?!

“O problema não é apenas caminhar na estrada certa. Temos que arriscar também na contramão.” **Millôr Fernandes**

1 – Diante do que foi visto, encadeia-se as idéias e se aponta um sendero. Para além da crítica, é preciso a elaboração de uma proposta alternativa, ou seja, uma nova maneira de ver, pelo avesso, a construção da decisão judicial: a ‘bricolage’ de significantes, aproximando-se da Antropologia e da Literatura, duas áreas um tanto quanto esquecidas na dita “cientificidade” jurídica, mas que possuem um valor inafastável e devem ser resgatadas na pretensão de se construir um caminho democrático¹²⁸³.

2 – Em face dos ‘obstáculos epistemológicos’ (**Bachelard**) apontados nos Capítulos anteriores, a pergunta que deve ser feita é *sobre o sentido, as possibilidades da própria epistemologia garantista (Ferrajoli): se ela se sustenta?* E a resposta, antecipa-se, é negativa. Isto porque o ‘otimismo semântico’ restou afastado diante do desvelamento do componente ‘pragmático’ da linguagem e seus contextos – ‘viragem lingüística’ – e a superação da ‘Filosofia da Consciência’ pela da ‘Linguagem’, diante da linguistificação do mundo da vida (**Habermas e Heidegger**), sem que se possa defender, salvo ingenuamente, a pretensa rigidez do discurso jurídico¹²⁸⁴. Nem mesmo o endeusado ‘Princípio da Legalidade Estrita’ se

¹²⁸³ WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos...*, p. 49: “Uma mitologia fundamental sempre sucede a outra, isso é tudo. O que incomoda é que vivemos em uma época especial, onde nos perdemos na lenda que acabou, sem vislumbrar a mitologia sucessora.”

¹²⁸⁴ VILLA, Vittorio. *Garantismo e verificazionismo, validità e vigore...*, p. 180-181: “La unicovità di significato di un enunciato, insomma, no è un dato che preesiste all’interpretazione; al contrario, è lo stesso procedimento

mantêm (**Cunha – Warat**). De outro lado, o ‘*processo como procedimento em contraditório*’ (**Cordero – Fazzalari**) e o recorte do *discurso comunicativo* de **Habermas** demonstraram que as pretensões de *validade* emitidas pelas partes devem ser analisadas fundamentadamente pelo *um-juiz*, sem que este possa se esconder por detrás da ‘liberdade de convencimento’, democratizando, por assim dizer, a decisão (Cap. 7º). Esta decisão, todavia, longe de ser um mero aplicar de lógica dedutiva, além da razão instrumental lançada pelas partes ‘intra-autos’, está condicionada, dentre outros fatores, às concepções *ideológicas*, *mediáticas*, *criminológicas* (Cap. 6º) e *inconscientes* (Cap. 1º) dos atores jurídicos vinculados ao desenrolar processual. Neste campo, ainda, há necessidade de factibilização do ‘critério ético material’ de **Dussel** (Cap. 2º), reordenando-se discursivamente os *significantes*.

3 – Com a morte do sujeito da ciência (Cap. 2º), quer por **Heidegger**, quer por **Lacan**, o ‘princípio unificador’ do sistema, ou seja, o ‘*ser consciente pensante*’, feneceu. Não há mais epistemologia salvadora. A morte, todavia, não é redentora como a esperada por **Sócrates**¹²⁸⁵. Se é para buscar nas migalhas o ‘princípio unificador’, este somente pode ser o do ‘*buraco*’ onde se constitui o *sujeito-para-linguagem*: no *significante* que, diz **Lacan**, “*diversamente do signo, é aquilo que representa um sujeito para outro significante. Como nada diz que o outro significante saiba alguma coisa sobre o assunto, fica claro que não se trata de representação, mas de representante.*”¹²⁸⁶ Então, não há por completo um sujeito do conhecimento, um sujeito ‘todo consciente’, senão o sujeito clivado, cindido – pelo inconsciente –, sujeito de um saber que não sabe que sabe (tudo). Daí não se confundir o sujeito do Direito – e da Filosofia – consciente (embora, reconheça-se, furado pela falta) e o sujeito da Psicanálise, do qual nada se sabe (inconsciente) e nada se quer (eu) saber¹²⁸⁷. **Silva** sustenta que: “*Somos todos efeitos de um Outro que nos banhou com palavras. Somos efeito de palavra: carne, pêlo, osso e sangue alienados na*

interpretativo a dirimere, di volta in volta, la questione, senza mais poter pretendere di raggiungere risultati completamente oggettivi, che vincolino le future interpretazioni.”

¹²⁸⁵ PLATAÃO. *Fédon*. Trad. Miguel Ruas. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 25.

¹²⁸⁶ LACAN, Jacques. *O seminário: o avesso da psicanálise...*, p. 27.

¹²⁸⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal...*, p. 43: “Em psicanálise, o *sujeito* (diferente, portanto, do sujeito de direitos, do direito), vai aparecer dependente da *cadeia de significantes* que se inscreve no registro do simbólico, o qual inaugura o que é, por aqui, note-se bem, *não está fora da estrutura* (como o do direito), mas dentro dela; e é matriz de enunciação, não de enunciado. Enunciar é manifestar, falar; e a pulsão é o caminho, embora desconheça por completo a verdade da qual é portadora.”

linguagem, subvertidos pela linguagem, súditos, sempre impossibilitados, pela própria palavra, de atingir a essência. Para nos dar vida como sujeito da fala, a palavra cobra o preço de mortificar o ser, a tão desejada essência.”¹²⁸⁸

O ‘objeto a’ inicialmente perdido não se encontra, substituindo-se infinitamente na cadeia de significantes. Há um estatuto do sujeito que é a ‘falta’. Não está no interior nem no exterior. No começo, afirma **Lacan**, está a ‘*insatisfação*’. Lembre-se que o ‘Nome-do-pai’ advindo do ‘Complexo de Édipo’ e do medo da ‘castração’ (Cap. 1º), funciona como uma *metáfora*, isto é, por substituição de um significante por outro. É por ele que a criança pode sair do ponto morto imaginário, advindo do ‘estádio do espelho’, migrando o significante do desejo, o *falo-mãe*, para fazer surgir significações fálicas ligadas à ‘castração’. Só que esse ‘desejo será sempre o desejo do *Outro*’¹²⁸⁹. Assim é que o ‘eu’ é o lugar de um desconhecimento radical, porém inevitável, que obscurece a relação com o sujeito diante de sua alienação fundamental do ‘desejo’, que é sempre – repita-se – desejo do *Outro*. Logo, o ‘objeto a’ vai barrado não por causa de sua partida, mas porque uma vez substituído por símbolo – nomeado – resta ausente. Mas o sujeito somente tem a linguagem para procurar o objeto perdido ao adentrar na linguagem. O paradoxo que faz ir.

§ 2º – Tomando de Assalto o Monastério dos Sábios

“Já que o mundo se encaminha para um delirante estado de coisas, devemos nos encaminhar para um ponto de vista delirante. Mas vale perecer pelos extremos do que pelas extremidades.” **Jean Baudrillard**

1 – O discurso da epistemologia do direito difundido pelo *senso comum teórico* é um discurso ‘*chapa-branca*’, em que o *Estado* (tenta) controla(r) as possibilidades de enunciação das pretensões de verdade para, em nome da *neutralidade* e *objetividade*, *censurar*, via método científico (lugar do *mito*, *lógico*), a construção de uma democracia do saber, tendo no *senso comum teórico* seu eterno guardião. De maneira direta, **Warat** afirma: “A meu juízo estamos diante de uma

¹²⁸⁸ SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos...*, p. 78.

¹²⁸⁹ SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos...*, p. 7: “O sujeito é o sujeitado ao Inconsciente e o Inconsciente se forja na relação com o Outro.”

*racionalidade mitológica que legitima politicamente uma doxa dissimulada como episteme.*¹²⁹⁰

2 – **Cunha** demonstrou que a ‘fachada de objetividade’ do discurso epistemológico da ciência do Direito é formado por ‘condições retóricas de sentido’, destacando que as crenças jurídicas mais significativas são de um legislador racional, preciso, completo, sem lacunas, que protege igualmente os cidadãos, no qual o julgamento é ‘neutro’ e, no caso do Direito Penal, que se busca – e é possível – a Verdade Real¹²⁹¹. O discurso epistemológico é o instrumento de produção de subjetividade que, em nome da ciência e suas lógicas inocentes/neutras, mascara os jogos de poder que encobre, tendo uma articulação perfeita no seio do *senso comum teórico dos juristas*. E o poder de estabelecer a lei sempre foi e será palco de disputas de reconhecimento, sendo que os pequenos grupos opressores, melhor articulados (Cap. 6º), conseguem impor sob a máscara da neutralidade do discurso jurídico as pretensões próprias, sem que o poder de imposição, todavia, desvele-se (**Žižek**). Sem perder de vista, ainda, que a eleição dos ‘bens jurídicos’ tutelados pelo Direito Penal é iniciada pelo Poder Legislativo e, diante da evolução aqui traçada, é possível concordar com **Warat** quando assevera: “*quando um juiz articula de uma forma determinada os elementos do delito e exclui outras possibilidades, está decidindo, sob uma fachada de objetividade, se o indivíduo entra no âmbito pessoal de validez do delito.*”¹²⁹²

A estrutura ficcional da *verdade* proferida a partir de um referencial gnoseológico, transcendente, não se desvela para quem está em ‘*fila*’, acreditando incondicionalmente e de boa-fé no poder do *censor* (**Legendre**), mas a boa-fé não salva, pois existem vítimas que precisam de reconhecimento imediato (**Dussel**). Sob a máscara da epistemologia, o ideológico e valorativo se esgueiram, exigindo a todo momento recursos *ad hoc* e muita ‘propaganda’ (Cap. 6º) para manter o paradigma que, em tempos de complexidade e exclusão social, precisa ser cada vez mais enigmático¹²⁹³, silencioso, para que só assim obste o acesso democrático ao posto

¹²⁹⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 75.

¹²⁹¹ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 118.

¹²⁹² WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 203.

¹²⁹³ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 76: “Entendo por racionalidade subjacente o modo de funcionamento social do discurso jurídico, guiado por efeitos pré-compreensivos de sentido, que vão transformando o sentido comum teórico em um princípio de controle da

de porta-voz do *Outro*. O ‘Monastério dos Sábios’ composto pela nova casta, de onde provém a produção das *verdades* jurídicas – em nome do *Outro* –, isto é, os redentores do texto, únicos capazes de decifrar o enigma jurídico¹²⁹⁴ – já que todo enigma aguça a curiosidade – disfarça o poder que maneja na produção de subjetividade.

3 – O discurso jurídico enigmático, por sua magia, confere a atração do ator jurídico na constituição de sentidos firmes, forjados a partir de terreno pantanoso. Daí o brilho de ser filho reconhecido do *senso comum teórico dos juristas*, por ser aquele – o especialista – quem maneja habilmente o raciocínio jurídico tido como uniforme, completo, único, mas que se não sustenta a um olhar acurado. Pelo mecanismo de mudança da palavra a ser colocada no princípio da interpretação modificam-se os resultados, mediante efeitos dissimuladores.

Seguindo os passos de **Legendre** e de **Warat**, percebe-se que a lei como emanção de uma vontade única, advinda do *Outro* (Cap. 1º), à rigor, é um lugar vazio, um lugar do culto ao poder de organizar a sociedade como um todo, mantida, pelo *amor* que a *censura* propicia. Evidentemente que esta lógica não é aceita publicamente, ficando escamoteada por recursos retóricos. Mas o lugar do Pai assumido pelo Estado e suas emanações paternas – leis – trazem consigo a marca indelével do temor à *castração*, articulada pelo ‘saber dos doutores’ (Cap. 1º). A lei é um *significante* para além de todas as *significações* que somente se estabelecem a partir dela, mas como é um lugar vazio, o poder será quem lhe dará movimentação. O estabelecimento de um princípio formal, mito-lógico está na base do raciocínio jurídico; é ele quem pode fixar um critério unificador do sistema jurídico. Daí em diante, a cadeia de *significantes* é colmatada pelos doutos, arregimentados pelo *poder*, fazendo a lei falar¹²⁹⁵.

validade e da verdade do discurso jurídico. O sentido comum teórico notifica, desta forma, ‘o lugar secreto’ das verdades jurídicas’.”

¹²⁹⁴ BAUDRILLARD, Jean. *As estratégias fatais*. Trad. A. M. Scherer. Rio de Janeiro: Rocco, 1996, p. 94: “O enigma, como o segredo, não é inteligível, mas não pode ser dito ou revelado.”

¹²⁹⁵ Utilizando um exemplo bem tosco do rádio, eles – os doutos – possuem as estações oficiais, únicas capazes de emitir a frequência da verdade da lei. Assim, somente as rádios reconhecidas podem emitir a programação. As ‘rádios comunitárias’, neste exemplo, tidas como democráticas, por enunciarem um discurso à margem da legalidade, são ferozmente perseguidas.

4 – Com efeito, desvelado o lugar do poder¹²⁹⁶ manifestado pelo discurso jurídico, o qual não é ‘neutro’, nem epistemologicamente garantido, por impossível, mas advindo desse lugar transcendente, por mandato do *Outro*, pode-se abjurar a plenitude do método na interpretação do Direito, não obstante se correr o risco de ser barrado pelo *senso comum teórico dos juristas*, o qual mantém o desejo inconsciente de plenitude, manifestado, no Processo Penal, pelo *Princípio da ‘Verdade Real’*. A ‘culpa recalcada’, a inscrição do ‘Nome-do-Pai’ no registro do *Simbólico* (Cap. 1º), conjugados com a cooptação dos atores jurídicos (**Gramsci**), em especial os juízes – imaginariamente incluídos –, exige um contra-discurso antiessencialista que ande no fio da navalha da linguagem e do poder, ciente da inafastável fixação prévia do critério material de **Dussel** (Cap. 2º).

§ 3º – Os métodos como ferramentas, somente

1 – Abandonada a segurança *Metafísica* (Cap. 5º), está-se começando a entender, mas não se sabe ao certo que direção tomar, precisando-se indicar um *sendero*. Reconhece-se, entretanto, que não há salvação transcendente, inexistente um *método* absoluto, universal, capaz de dar o conforto antes prometido. A decisão judicial não confere a *verdade* anunciada, salvo pela fé – que remove retoricamente montanhas –, baseada no mito de Deus ou da Ciência, que estruturalmente dá no mesmo e finge aplacar as angústias, tamponar a *falta* (Cap. 1º).

Por este motivo, **Feyerabend** (Cap. 2º) anda com acerto ao aduzir que as *metodologias* são incapazes de orientar adequadamente as atividades (ditas) científicas e os *métodos* devem ser vistos como *ferramentas*, utilizáveis conforme a necessidade, sem que se possa, assim, eleger definitivamente ‘o método’, dada a ‘incomensurabilidade’ (**Kuhn**) dos paradigmas¹²⁹⁷, pelo mesmo motivo que inexistente uma ferramenta universal. É preciso, pode-se dizer, uma ‘laicização científica’, democratizando os métodos, algo que **Feyerabend** já defendia:

¹²⁹⁶ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal...*, p. 71: “Se se a tem como tal, então há de ser tratada descentemente, sob pena de se propiciar – e manter – a *alienação burocratizante* de todos, mas, principalmente, dos próprios *órgãos* que exercem tal *poder*. O que é poder? De onde vem? A quem interessa? A quem serve? A quem deve servir? Qual sua extensão concreta? Qual seus limites? Qual a medida desses limites?”

¹²⁹⁷ RORTY, Richard. *Pragmatismo...*, p. 166: “Outra coisa é dizer, corretamente, que não há um terreno neutro e comum no qual um filósofo nazista e eu possamos nos encontrar e discutir nossas diferenças. Aos olhos desse nazista, eu sempre parecerei estar fugindo da discussão das questões cruciais, argumentando em círculos. Aos meus olhos, ele parecerá estar fazendo a mesma coisa.”

Desta forma, a ciência aproxima-se do mito, muito mais do que uma filosofia científica se inclinaria a admitir. (...) Como a aceitação e a rejeição de ideologias devem caber ao indivíduo, segue-se que a separação entre o Estado e a Igreja há de ser complementada por uma separação entre o Estado e a ciência, mais recente, mais agressiva e mais dogmática instituição religiosa. Tal superação será, talvez, a única forma de alcançarmos a humanidade de que somos capazes, mas que jamais concretizamos.¹²⁹⁸

2 – O que resta, pois, é o ‘gume da linguagem’ e suas artimanhas retóricas (**Brum**), pelas quais apenas se pode cercar, sem nunca prender, a pletora de *significantes*. O desenrolar processual, neste pensar, encontra-se vinculado aos fatores anteriormente descritos (Cap. 6^o), rapidamente retomados nesta mediação, somados ao *inconsciente* do *um-julgador* que se não cansa de irromper, aqui e ali, numa intermitência incontrolável pela razão consciente, devendo-se levar a sério a advertência de **Silva**: “*Então, o juiz pensa existir porque julga. Mas, julgar implica pensar. Pensar faz arriscar, enganar-se. Enganar-se abala certezas. Certezas abaladas, até então são protetoras, trazem sofrimentos. Começa, agora, a aparecer um juiz não mais apenas como aquele que julga e pensa, mas como sujeito do engano, da certeza abalada, do sofrimento.*”¹²⁹⁹ Aliás, sabe-se que onde se pensa, não se está, ganhando relevo a discussão sobre a fundamentação das decisões no *Estado Democrático de Direito* que, para **Ferrajoli**, se constitui na “*última garantia processual de segundo grau, que tem o valor de uma garantia de fechamento do sistema SG é a obrigação da motivação das decisões judiciais.*”¹³⁰⁰

3 – Afastado o sistema da prova tarifada e conferido ao julgar a possibilidade de analisar os argumentos suscitados pelas partes no contexto dos autos (Cap. 7^o), a decisão precisa ser fundamentada desde a teoria de onde emanará o procedimento, não podendo ocorrer, como de fato ocorre, a simples adequação dedutiva da conduta aos significantes probatórios entranhados aos autos, dado que a ‘Teoria do Fato Punível’, demonstrou **Cirino dos Santos**¹³⁰¹, apresenta divergências que podem gerar dissonâncias no tocante às condutas¹³⁰². Logo, o ‘livre convencimento’ do magistrado, para se adequar aos ditames constitucionais e democráticos, precisa se iniciar da teoria do delito, fixando a conduta como típica em

¹²⁹⁸ FEYRABEND, Paul. *Contra o método...*, p. 447.

¹²⁹⁹ SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos...*, p. 76.

¹³⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 479.

¹³⁰¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível...*,

¹³⁰² TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

tese, voltando-se, após, sobre a prova produzida e, depois, novamente sobre o tipo penal, sem prejuízo da tríplice inferência do Sistema Garantista (Cap. 8º). Esse movimento tríplice desmonta com o raciocínio de premissa maior e premissa menor, mecanicista, ainda hegemônico no Processo Penal Brasileiro, o qual possui o mérito de obliterar qualquer discussão séria sobre a matriz que se trabalha; afinal, ‘Eles não sabem o que fazem’, diria **Žižek**. Um exemplo acachapante é a criminalização da pessoa jurídica, na qual por se desconhecer a teoria, é aceita, como afirmam **Estellita e Costa**, pela lógica do ‘porque sim’¹³⁰³.

§ 4º – A verdade processual como *bricolage*: o avesso da epistemologia

“O famoso cachimbo.../ Como fui censurado por isso!/ E entretanto.../ Vocês podem encher de fumo,/ o meu cachimbo?/ Não, não é mesmo?/ Ela é apenas uma representação./ Portanto,/ se eu tivesse escrito sob meu quadro:/ ‘isto é um cachimbo’./ eu teria mentido.” René Magritte

1 – Neste caminho árido, **Lévi-Strauss** pode ser um guia, já que em ‘Pensamento Selvagem’, indica a ‘bricolage’¹³⁰⁴ como a ‘ciência primeira’ que no seu sentido antigo é aplicável ao *“jogo de péla e de bilhar, à caça e à equitação, mas sempre para evocar um movimento incidental: o da péla que salta muitas vezes, do cão que corre ao acaso, do cavalo que se desvia da linha reta para evitar um obstáculo.”*¹³⁰⁵ Atualmente a atividade do *bricoler* é o daquele que executa um trabalho sem que exista um plano rígido previamente definido, mas que se deixa levar pelos utensílios que possui à mão, construindo, remontando, colando,

¹³⁰³ COSTA, Helena Regina Lobo; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um caso de aplicação de pena com fundamento no ‘princípio do porque sim’*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 15 mar. 2004: “Por que, para fundamentar a responsabilização da pessoa jurídica, são apontadas duas pessoas absoluta e completamente distintas e, para fins de defesa processual, apenas e tão-somente uma pessoa? Porque sim! Na verdade, por duas razões: para encobrir o inexorável *bis in idem* e porque o processo penal não se coaduna com a responsabilização da pessoa jurídica. Porque o Direito Penal confere respostas a crimes, ou seja, condutas de alta gravidade cometidas, necessariamente, com dolo ou culpa e capacidade de compreensão do caráter criminoso do ato praticado. Tais características, obviamente, não se ajustam às práticas cometidas por empresas.”

¹³⁰⁴ A palavra possui diversos significados no francês. O *bricoleur* pode significar a pessoa que realiza todo tipo de trabalho manual; *bricoler*, empregado como verbo, quer dar a entender uma forma provisória, de ziguezaguear, de jogar por tabela, utilizar meios indiretos, rodeios; já como substantivo pode ser entendido como ricochete, engano, astúcia, trabalho inesperado, pequeno acessório; bricolage como trabalho de amador, e, especialmente na antropologia, o trabalho onde a técnica é improvisada e adaptada ao material existente, às contingências.

¹³⁰⁵ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Pensamento selvagem*. Trad. Tânia Pellegrini. Campinas: Papyrus, 1989, p. 32.

integrando, com o material disponível. Comparada a atividade do *engenheiro* com a do *bricoler*, o primeiro possui um projeto a ser cumprido, enquanto o *bricoler* cola os *fragmentos* que aparecem, não se subordinando

à obtenção de matérias-primas e de utensílios concebidos e procurados na medida de seu projeto: seu universo instrumental é fechado, e a regra de seu jogo é sempre arranjar-se com os ‘meios-limites’, isto é, um conjunto sempre finito de utensílios e de materiais bastante heteróclitos, porque a composição do conjunto não está em relação com o projeto do momento nem com nenhum projeto particular mas é o resultado contingente de todas as oportunidades que se apresentam para renovar e enriquecer o estoque ou para mantê-lo com os resíduos de construções e destuições anteriores.¹³⁰⁶

2 – No caminhar da construção, qualquer material pode ser importante, pois sua lógica é ‘isso sempre pode servir’, diversamente do engenheiro que está encerrado nos limites de seu projeto, ou seja, não descarta os *significantes* que não conformam com sua prévia idéia. O elemento recolhido, conforme as regras do jogo, do *fair-play*, pois, deverá ser levado em consideração no momento do *ato*, tal qual o *um-juiz* que não pode desconsiderar qualquer *significante* validamente produzido na instrução processual (Cap. 7º), acolhendo ou rejeitando seu respectivo valor de maneira fundamentada somente no *ato decisório*. Aproxima-se, assim, do juiz do ‘Sistema Acusatório’ e sua posição na ‘gestão da prova’, isto é, na instrução processual, uma vez que não há vinculação à acusação, devendo construir sua decisão consoante o que lhe for trazido, ônus das partes¹³⁰⁷. A partir do primado da hipótese sobre os fatos – posição *Inquisitória* e de um ‘quadro mental paranóico’ **Cordero** –, o desenrolar processual passa a ser de preenchimento dos *significantes* necessários ao projeto/acusação, desprezando-se os demais, tal qual o engenheiro que desconsidera o material em desconformidade com seu projeto. Descreve **Cordero**:

La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoici. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘a’ ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura

¹³⁰⁶ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Pensamento selvagem...*, p. 33.

¹³⁰⁷ MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova...*, p. 12: “Fornecer a prova desses fatos é dever do acusador; o acusado só tem que destruir as provas adversas, e produzir as que forem em sua defesa.”

del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Masili); usandoli orienta l'esito dove vulve.¹³⁰⁸

Em suma, sob o 'primado das hipóteses sobre os fatos', conforme aponta **Cordero**, "*Lo que cuenta es el resultado*."¹³⁰⁹ No caso da *bricolagem*, ao contrário do preenchimento de *significantes* necessários ao projeto da acusação, a atividade jurisdicional guia-se pelo recolhimento de todos os *significantes* produzidos pelas partes, alinhando-os somente ao final, no *ato decisório*, momento em que há interseção com sua *singularidade* e os respectivos condicionantes (*inconscientes, ideológicos, midiáticos, criminológicos, éticos*, dentre outros).

O 'palco-processo', suas etapas, seu tempo, são os limites¹³¹⁰ dos *significantes* probatórios no espaço processual e a totalidade deles deve estar inventariada e apta, isto é, válida, a ser empregada no ato de *bricolagem*. Rejeita-se a hipótese em que uma prova ou um mosaico de provas sejam suficientes à condenação, dado que necessário que todo o processo aconteça para que, somente então, ao final, possa ocorrer uma decisão (Cap. 7º). Esta suspensão de sentido, conquanto seja dificultosa de se realizar, mormente pelo condicionamento muitas vezes existente (Cap. 6º), é um dos caminhos possíveis. Espere-se até o final, ainda não julgue: julgamento suspenso. Somente assim se assume uma posição acusatória.

3 – De sorte que, no *ato decisório*, é o *um-magistrado* que(m) monta, a partir das pretensões de validade enunciadas pelas partes (Cap. 7º), o que se chama de 'verdade processual', lançando mão das provas, dos *significantes* produzidos validamente, manejando a técnica de 'bricolage jurídica', ou seja, construindo com o que tem à mão, sem o pretendido controle racional total. Existe uma compulsão de dizer o indizível, onde a palavra falha: o espelho da realidade na escrita que insiste em nomear, em reduzir, em racionalizar. Logo, não há escrita espelho da realidade, pois não se pode aprisionar a realidade na dimensão da escrita por ser

¹³⁰⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 51.

¹³⁰⁹ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*, v. 1..., p. 19.

¹³¹⁰ TARUFFO, Michele. Note sulla verità dei fatti nel processo civile..., p. 382: "In sostanza: la disciplina legale del processo e delle prove non è di per sé un ostacolo a che nel processo si accerti la verità dei fatti, posto che si tratti inevitabilmente di una verità relativa e legata al contesto in cui viene stabilita. Quale tipo di verità venga stabilita nel processo, in qual misura attendibile, e quanto vicina o lontana della verità che può essere stabilita in altri contesti conoscitivi, è un problema che può avere solo soluzioni concrete e specifiche, in funzione della natura, dell'ampiezza e dell'incidenza dei limiti che le norme di un particolare ordinamento pongono alla ricerca di una versione veritiera dei fatti."

absolutamente incomensurável e inapreensível (**Barthes**). Sobre o poder e seus lugares fugidios e é preciso dar-se conta desse processo. Disso somente se pode escapar à custa de muita ingenuidade ou deslizando no *Imaginário*. **Lacan** indica nesta direção ao asseverar que: “*Digo sempre a verdade: não toda, porque dizê-la toda não se consegue. Dizê-la toda é impossível, materialmente: faltam as palavras. É justamente por esse impossível que a verdade provém do real.*”¹³¹¹

A ‘verdade processual’ acontece, então, do imbricamento do manancial de *significantes* arremessados no processo como pretensões de validade intersubjetivas, articulados com o *inconsciente* do *um-juiz* – que fala pela ‘boca’ dele *significantes* deslizados na cadeia por metonímia – nunca chegando à solidez da verdade real, por ser inefável, ficando-se com o *coágulo de sentido possível* no tempo e espaço. Diretamente: com os *significantes* produzidos desde a denúncia/queixa e apurados no decorrer da instrução e alegações, compete ao *um-magistrado* proferir motivadamente a decisão, explicitando, antes, a teoria e o método – sem um grande método – em que se fundamenta. Realiza, enfim, uma opção entre hipóteses possíveis, com a responsabilidade ética daí advinda (**Dussel**).

A perspectiva de onde o *um-julgador* analisará o ‘mar de significantes’ é fundamental num *Estado Democrático de Direito*, por isso a necessidade de ‘assunção ideológica’ (**Miranda Coutinho**)¹³¹² e a demonstração da teoria que lhe serve de base. Somente muito ingenuamente pode-se partir da premissa de que a premissa maior é a lei, porquanto já se demonstrou que a apreensão semântica é incapaz de conferir a almejada segurança jurídica (Cap. 5º), ilusão matreira capaz de manter, todavia, a crença (Cap. 1º). Mesmo quando não se desnudam as motivações, elas agem no *ato decisório*, podendo escapar na fundamentação. Em regra, as condições retóricas de sentido (**Brum**) tamponam seu aparecer e poucos reclamam: uns porque não sabem, outros por ilusão e uma pequena parcela por saber o que faz (**Lyra Filho**).

¹³¹¹ LACAN, Jacques. *Televisão*. Trad. Antônio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, p. 11.

¹³¹² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal...*, p. 74-75: “Já referi em outras ocasiões ser necessário um engajamento ideológico dos magistrados, o que não se deve confundir com política partidária. Para isso, seria preciso *encontrar a nossa realidade*, mas a única base viável para uma leitura comprometida com ela parece ser aquela que tem por estribo as epistemologias críticas latino-americanas, que vêem o sujeito a partir de uma *ética da alteridade*, ou seja, atrelada à dignidade do ‘outro’, isto é, uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, apropriados e excluídos.”

4 – Os ‘juristas de ofício’ trabalham com conceitos pré-dados pelo ‘senso comum teórico’, enquanto o *jurista-bricoler* maneja *significantes*. Não que faça muita diferença na base, dado que na verdade ambos somente possuem *significantes*. Mas o ‘jurista de ofício’ está preso aos conceitos fornecidos – *prêt-à-porter* – pelo *senso comum teórico* e suas indústrias (doutrina e jurisprudência), ao passo que o ‘jurista-bricoler’ aceita deslizar/ousar *com e nos significantes*¹³¹³, num processo ético (**Dussel**) de atribuição de sentido realizado com os ‘outros’, partes no processo, e o *Outro*.

Assim é que o ‘jurista de ofício’ no Processo Penal está, em regra, realizando um ritual rumo à verdade verdadeira desde os ‘conceitos’ emitidos pela doutrina autorizada e jurisprudência consolidada, tornando-se, caso devidamente cooptado ideologicamente (Cap. 6º), o ‘Inquisidor’ em seu quadro paranóico de que fala **Cordero**. Deslizando no registro do *Imaginário*, “*canteiro de ilusões*”, diz **Miranda Coutinho**¹³¹⁴, (tenta) aplaca(r) sua angústia e acredita *imaginariamente* no dever cumprido: sua missão de extirpar o “mal” da terra (Cap. 1º). E se acredita feliz.

De outra face, o *juiz-bricoler* navega na linguagem e aceita que haja jogo com os *significantes*, desprovido de um hipótese a ser preenchida, abandona, assim, a função de ‘juiz-engenheiro-inquisidor’ enclausurado em seu projeto (**Cordero**). Não é, contudo, uma partida de futebol, tênis ou qualquer outro esporte em que o resultado depende exclusivamente do desempenho dos atletas, mas de algo que se aproxima de uma ‘luta de boxe’. Dividindo-se em duas fases, pode-se perceber que existe um juiz responsável pela produção dos *significantes*. É ele que garante o cumprimento das regras do jogo – *fair play* –, evitando a chicana, punindo os que dão golpes ilegais, levando a ‘instrução’ até que a luta termine. Finalizados os ‘rounds’ a tarefa do árbitro de *significantes* se finaliza. O julgamento, todavia, fica a cargo de um segundo momento, no qual há a ordenação desses *significantes* imbricados com os do próprio um-julgador. Esta tosca aproximação do ‘Processo Penal’ com o ‘boxe’ deixa antever, todavia, que se utilizada essa metáfora, muita coisa poderia ser modificada, excluindo-se o juiz do papel ativo na produção da prova, restringindo-o ao papel de ‘árbitro probatório’, sem que sua tarefa de

¹³¹³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal...*, p. 43: “Afim, a palavra pode restar sempre a mesma, mas *não aprisiona o seu sentido* que, escorregando, pode mudar o resultado, não poucas vezes sem o domínio do agente.”

¹³¹⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal...*, p. 45.

catalisador de sentido se esvaia, num segundo momento, isto é, ao proferir a decisão, informado, todavia, por uma ética¹³¹⁵.

5 – Apesar dos limites impostos pela linguagem, ou seja, a existência de demarcações *semânticas*, tal qual os *pragmáticos* (**Rorty**), o *juiz-bricoler* reconhece de bom grado o poder de jogar, permutar, comutar, enfim, deslizar na cadeia de *significantes* para gerar uma reorganização dos *fragmentos de sentido* e, portanto, do resultado, ainda mais se fixado no critério material de **Dussel**. Descrevendo o trabalho do *bricoler*, **Lévi-Strauss** assevera que: “*mesmo estimulado por seu projeto, seu primeiro passo prático é retrospectivo, ele deve voltar-se para um conjunto já constituído, formado por utensílios e materiais, fazer ou refazer seu inventário, enfim e sobretudo, entabular uma espécie de diálogo com ele, para listar, antes de escolher entre elas, as respostas possíveis que o conjunto pode oferecer ao problema colocado.*”¹³¹⁶

6 – A ‘verdade processual’, pois, não é espelho da realidade e a atividade cognitiva avivada no Processo Penal é um mecanismo de ‘bricolage singular’, entendido, como em francês, como *fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito*. E nunca o é, por impossível. A dita ‘verdade processual’ trata de outra coisa, possui estrutura de ficção. E como o ‘um-juiz’ precisa dar uma resposta, acertar os fatos, com os instrumentos que se lhe apresentam, vertido inexoravelmente *na e pela* linguagem, desprovido da verdade verdadeira, restam opções (in)conscientemente éticas. Uma instrução processual, por seus *significantes*, sempre autoriza diversas decisões. É do encadeamento de *significantes*, ou seja, da forma como serão dispostos, que se poderá verificar a legitimidade ética de uma decisão. Alterando-se a disposição, a relação, os sentidos migram (**Barthes**).

Assim, mostra-se necessário destacar uma questão que passa à margem das cognições efetivadas pelo *senso comum teórico dos juristas*, consistente na pretensão *fotográfica* ou *cinematográfica* que acaba se manifestando nas representações do *um-magistrado*. Ao buscar reconstruir o ocorrido, o *um-juiz* pinta

¹³¹⁵ SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos...*, p. 84: “Ao julgar, o juiz que sempre só julga em causa alheia, não tem como escapar de sua própria causa, da sua própria história de vida, de suas questões particulares, da ética do inconsciente como texto. Em cada juiz, como em cada um de nós, um Édipo é convocado perante o enigma de uma esfinge. Daí a neutralidade, decantado ideal, será um ideal impossível.”

¹³¹⁶ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Pensamento selvagem...*, p. 34.

uma tela dos fatos¹³¹⁷, na qual – reitere-se – as suas referências pessoais (também as inconscientes) encontram-se presentes (Cap. 6º). Por mais que a acusação seja formalizada utilizando-se de palavras do cotidiano, a representação mental, é evidente, mostra-se divergente. Mesmo numa descrição simples, muitas das questões demandam uma referência construída a partir e no registro do *Simbólico* do *um-magistrado* que durante e no provimento jurisdicional irão se materializar numa foto, num filme, num quadro, traduzido em um provimento jurisdicional.

Se retida apenas no registro do *Imaginário*, as imagens construídas são ilusórias, modos de satisfação do sujeito, com sua dívida. Daí os riscos da postura movida pelo ‘primado das hipóteses sobre os fatos’ (**Cordero**) do *um-juiz* no Processo Penal, consubstanciado nos perigos de, talvez, condenar a si mesmo, enquanto o ‘outro’ é quem cumpre pena (**Bueno de Carvalho**). De qualquer modo, como a decisão aparece em linguagem, portanto, no *Simbólico*, pode ser possível detectar o *sintoma*. O *um-juiz* pode se sentir olhado pelo *Outro* e se investido na posição de *Um*, ou melhor, no seu poder, cobra a dívida imaginária (Cap. 1º).

7 – A decisão ‘*man made*’, desta forma, sempre terá a pitada pessoal, ainda que vinculada às pretensões de validade (Cap. 7º), já que “*o bricoler sempre coloca nela alguma coisa de si.*”¹³¹⁸ Permutando *significantes* e julgando com aquilo que se apresenta, o *um-juiz* pode articular decisões mais democráticas porque demonstra, sem chicanas, blá-blá-blá, sua visão de mundo, que certamente influencia no *ato decisório* mesmo quando se acredita ilusoriamente “neutro”¹³¹⁹ (Juiz Truman). Um *significante* desliza em relação a outro e assim se constrói uma decisão, podendo, nessa trama, colocar em evidência determinadas partes, relegando outras, mas fundamentando sua decisão, ao contrário do que se verifica no Brasil contemporâneo. Enfim, é preciso se assumir e pagar a conta.

¹³¹⁷ LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal...*, p. 100: “Trata-se de um paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje), um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena e seu presente no futuro será um constante reviver o passado.”

¹³¹⁸ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Pensamento selvagem...*, p. 37.

¹³¹⁹ NASSIF, Aramis. Reflexões Crítico-Fragmentárias sobre a Sentença Penal. In: CARVALHO, Salo de. *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 209-219.

§ 5º – Os protagonistas do processo de *bricolage*

“Ella está siempre en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos mas allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. Para que sirve la utopia? Para eso sirve: para caminar.”
Eduardo Galeano

1 – Os protagonistas do processo de *bricolage jurídico*, por certo, são as partes, que lançarão as pretensões de validade no decorrer processual (Cap. 7º), bem como o *um-juiz* que proferirá a decisão. Mas estes não são mais os sujeitos conscientes da epistemologia da modernidade (Cap. 2º), porque já se demonstrou essa impossibilidade. Quanto ao emissor do discurso jurídico, **Lacan** sintetiza:

A alguém, um jurista, que havia mesmo querido inquirir-me sobre o que é meu discurso, acreditei poder responder – para fazê-lo sentir, a ele, o que é o seu fundamento, a saber, que a linguagem não é o ser falante – que eu não me achava deslocado por ter que falar numa faculdade de direito, pois é onde a existência dos códigos torna manifesta a linguagem, isto se mantém lá, à parte, constituído ao correr das eras, ao passo que o ser falante, o que chamamos os homens, é bem outra coisa.¹³²⁰

Articulando, pois, a contribuição de **Heidegger**, **Streck**, **Warat**, **Miranda Coutinho**, **Pierce** e **Lacan**, pode-se dizer que a união, reunião, desfazimento, ordenação dos *significantes* se dá pelo processo de ligação destes sem que o controle semântico possa conferir a segurança ilusoriamente prometida. O ‘coágulo de verdade’ deve levar em conta o velamento/desvelamento do discurso jurídico, a recusa e a dissimulação da atividade decisória.

2 – Conquanto exista essa consistente discussão teórica acerca da interpretação, no caso brasileiro, grande parte disso fica *a latere*. A postura prevalente, acolhida pelo *senso comum teórico*, acredita, pois, que os métodos de interpretação são capazes de tal desate rumo à *verdade primeva*, bastando que – como visto – consulte-se os *Manuais* que se alastram na graduação e são utilizados para anestesiar a *falta* constitutiva dos acadêmicos e depois, claro, dos ‘atores jurídicos’, propiciando artificialmente ao juiz, ao hermenêuta (Cap. 5º), aos ‘juristas de ofício’ (**Legendre**), a sensação de certeza de ter descoberto a *verdade*, num quadro que se aproxima da *certeza paranóica*. Aquele bosquejo da *maneira pela*

¹³²⁰ LACAN, Jacques. *O seminário: mais, ainda...*, p. 10.

qual se produzem as decisões judiciais é de uma dimensão alarmante. Para além da ignorância *epistemológica* e *hermenêutica*, as prescrições desses membros reconhecidos do restrito grupo dos processualistas penais do ‘Monastério dos Sábios’, são (in)conscientemente ideológicas. Além disso, a eficácia desse discurso mecânico e *Metafísico* de aplicação das normas jurídicas imputa ao juiz um valor simbólico e ‘narcisista’ impressionante¹³²¹.

3 – Destruído o mundo das essências, uma nova maneira de ver as coisas se descortina, não mais fechada na lógica formal, mas somente deslizamentos fundados na linguagem. Toda interpretação essencialista vaza! Não é mais o descobridor de verdades, mas o inventor de associações de *significantes*. O discurso jurídico está inserido na linguagem sem os totalitarismos anteriores e a linguagem, pela mão do ator jurídico, rediz, refaz ou se cala; desliza em uma cadeia escolhida com responsabilidade ética por ele. No processo judicial é do entrecruzamento de diversos discursos, da fusão de horizontes (**Gadamer**), realizados num processo intersubjetivo válido de encontro, que se constróem verdades possíveis (Cap. 7º).

4 – Noutra dimensão, é preciso reconhecer, mormente em Direito Penal, que o ‘desejo do um-juiz’ não pode ser desprezado, porque mesmo oculto, esgueirando-se nos requisitos retóricos e nos espaços de anemia semântica, irrompe, deixando à descoberto toda a subjetividade do *um-magistrado*. Necessário, então, que o sujeito-juiz possa se indagar sobre sua individualidade, porque dele mesmo, de seu ‘inimigo secreto’ (**Abreu**), não pode fugir. Falar de Direito Penal é tocar no ‘Nome-do-Pai’ sempre. A interpretação de algo como algo, dança com o *inconsciente*, manifestando-se muitas vezes sem que se saiba extamente de onde virá. A associação livre é a lei universal, ensina a *psicanálise*. Tal qual na interpretação dos sonhos (**Freud**), é preciso intensificar sobre os pensamentos emergentes, a salvo de toda crítica, para converter o involuntário em voluntário. Porém, o desejo e sua busca do desterro, do sair em direção ao desconhecido, sempre mais, é a única lei.

¹³²¹ SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos...*, p. 83: “Este é o dia-a-dia de vocês, que deveria estar bem distante das ofertas no mercado de cortesias, que tentam seduzir seus ouvidos com bajulações do tipo: ‘Excelências, Meritíssimos, Doutores’, etc. O espelho dos juízes, é bom que se mantenha, no mínimo, opaco, impossibilitando de refletir o olhar sedutor do Outro. Desavisados disso, pode-se cair na ilusão de ser detentor de algo brilhante que falta ao Outro, ou ainda, o que é pior, de tornar-se o próprio brilho que o Outro não tem.”

Evidentemente que o Processo Penal não é o local para análise do *um-julgador*, nem das partes, muito menos do acusado¹³²². Contudo, saber que isso influencia já é um grande passo para democratização das decisões, como evidenciou **Miranda Coutinho**:

À coletividade interessa um juiz *resolvido*; e não aquele que se *resolva* julgando. Magistrado não é – e nem pode ser – analista. Colocado na posição de ‘*suposto Saber*’, deve *dicere jus*, isto é, *juris dictio*; e por evidente está muito mais para *ortopedista do “eu”* (o *behaviorismo* não seria outra coisa) que para um *terceiro*, o qual, pela *escuta*, procura nas brechas do discurso encontrar a fala do *sujeito*, do *Outro*, para simplesmente pontuar situações discursivas e colocar o vivente em condições de conviver, ele mesmo, com o *desejo*. Mas não se põe – e nem pode –, o analista, como *modelo*, razão por que sabe – e deve saber, sob pena de impostura – não se enleiar no *processo transferencial*, essencial ao *ato analítico*. O magistrado, por elementar, não é assim. Quem aciona quer uma sentença que lhe reconheça o direito e, depois, satisfação quando ela é executada: o *caso*, assim, é levado para receber uma decisão, a qual, ainda que expressando aquilo que está sentindo o juiz (sentença, como se sabe, vem de *sentire*, do latim, gerúndio *sentiendo*), não é tão-só a *vontade da lei* (como articula o próprio Chiovenda e tantos continuam fazendo), não só porque ela não tem qualquer vontade, em hipótese alguma, mas porque o *discurso decisional* é impregnado de um *Outro* que fala pela sua fala; e do qual ele, juiz, nada sabe.¹³²³

No *ato decisório* não significa que a ação não possa sofrer apreciações morais (boas, más). Entretanto, é preciso se desvencilhar democraticamente, no caminho da decisão, desses pontos de vista e, talvez, ao pensar que se tenha desvencilhado, o *ego* tenha vencido, definitivamente.

§ 6º – Juntando os significantes: as colas

“Avançando nessa perspectiva, podemos dizer que as verdades jurídicas precisam estar sempre atraídas pelo caos, desafiando a tentação suicida da linguagem. Sempre vale mais um suicida que um zumbi.” **Luis Alberto Warat**

1 – Com efeito, os *princípios*, na pretensão de colmatar as *lacunas* do sistema jurídico, já que a *unidade* é pressuposta, constituem-se, se vistos a partir da *semiologia do poder* (**Warat**), em *estereótipos*¹³²⁴, *slogans*, lugares fugidios, preenchidos, sem que o *senso comum teórico dos juristas* assumam, por critérios

¹³²² LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 127-151.

¹³²³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal...*, p. 72-73.

¹³²⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 18.

ideológicos e *axiológicos*, indicados – melhor diria: maquiados –, como problemas *semânticos*. E isso se mostra evidente quando se percebe que a mudança do *princípio* modifica o resultado, redefine as palavras da lei, eis que a cadeia de *significantes* daí advinda, por *metonímia*, altera-se, sendo que o ato de preenchimento resta autorizado, formalmente, pelo sistema, ao *um-juiz*. Nesse trabalho de atribuição de sentido, contudo, o sistema jurídico tido por *completo* pelo *senso comum teórico* exige malabarismos retóricos, persuasivos e não demonstrativos, capazes de assim conceder o conforto *Metafísico* da *verdade* contida na norma jurídica universal¹³²⁵. Partindo-se da concepção de ciência da *Modernidade* (Cap. 2º), munidos de um método e tendo um objeto definido, os atores jurídicos ‘acreditam’ ingenuamente estar realizando ciência *neutra*. Evidentemente que o raciocínio lógico-dedutivo pode possuir certa aplicabilidade no Direito, mormemente nas questões básicas, mas apresenta insuficiências acintosas quando pretende a *plenitude de-toda-e-qualquer-situação*, mormemente em Direito Penal e Processual Penal que se pretende democrático.

Assinala **Cordero**:

Nessuno, com gli occhi aperti, crede più all'identità testo-norma, illusoriamente asserita dagli illuministi devoti alla 'Loi' e relativa mitologia, o alle fiabe spacciate dell'Ecole de l'exégèse sull'ermeutica-scienza esatta: da una formula escono tante norme quante sono le teste dissidenti; finchè non sopravvenga un fatto abrogativo, i testi durano immobili ma il senso muta e correlativamente variano le norme, nel tempo e nello spazio; in mano a un tribunale paranoicamente condino l'art. 528 c.p. incrimina anche 'Les fleurs du mal'; letture ciniche o ispirate da zelo pregresistico diluiscono qualunque oscenità. Il testo è un fatto grafico. Le norme sono prodotti mentali. I soli a non capirlo può darsi che siano alcuni vecchi magistrati inclini alla protesta collerica. Non stiamo postulando una nichilistica equivalenza delle conclusioni: ne sfilano tante, variamente classificabili; alcune suonano bene, altre meno, in una gamma dall'ovvio al delirante; bisogna che le passiamo al vaglio ma, più o meno ragionevoli, contano quelle imposte dai banchi giudiziari.¹³²⁶

A retórica argumentativa apresenta, é verdade, o véu da subjetividade, plasmando coágulos de sentido, isto é, lugares comuns pelos quais, desde a Escolástica, o discurso jurídico mantém o *mito* da completude, do *non liquet*. O *Outro*

¹³²⁵ LEGENDRE, Pierre. Seriam os fundamentos da ordem jurídica razoáveis? Trad. Laurice Levy. In: *Sujeito do Direito – Sujeito do Desejo: Direito e Psicanálise*. ALTOÉ, Sônia. Rio de Janeiro: Revinter, 1997, p. 19: “Poderíamos resumi-la da seguinte forma: trata-se da forma do discurso que se diz sempre a verdade, uma forma que, conseqüentemente, nos remete ao impossível, não a qualquer impossível, mas sim a um impossível estrutural.”

¹³²⁶ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 17-18.

é completo, não se perca de vista isso (Cap. 1º). Assim é que se recorrendo a *princípios*, *chavões*, lugares comuns, entendidos como “*aquelas idéias gerais que se adaptam a qualquer discurso e servem, pois, de ingredientes já prontos para a argumentação*”¹³²⁷, como ‘paz’, ‘segurança’, ‘justiça’, ‘proporcionalidade’, ‘bem comum’, ‘melhor interesse’, ‘crime’, ‘criminoso’, etc., uma vez habilmente colocados na cadeia de *significantes*, estruturam o discurso em bases lógicas. A argumentação jurídica, demonstra **Atienza**, sabe bem disso ao propugnar a diferenciação entre ‘contexto de descoberta’ e ‘contexto de justificação’¹³²⁸. Com isso, o ‘contexto da descoberta’ é da ordem do *Real*, enquanto o contexto da justificação segue no *Simbólico*, e assim, ajeitando-se a ‘arbitrariedade’ do processo de significação, pode-se logicamente construir argumentações jurídicas. Dito de outra forma, tamponando a origem, a lógica desfila com todo o vigor, dando a impressão de coerência científica.

2 – Para tanto, a *vagueza* e a *ambigüidade*¹³²⁹ da linguagem jurídica se prestam a redefinições de sentido¹³³⁰. Nesse processo de redefinição de sentido, para se utilizar a ‘Semiologia do Poder’ de **Warat**, trabalha-se na esfera da *conotação*, num movimento de classificação dos objetos de índole *semântica*, manipulando-se os *significantes*. Isso se dá, como não poderia deixar de ser, com a lei. “*Interpretar a lei implica sempre a produção de definições eticamente comprometidas e por isso persuasivas. Definições onde são estabelecidos critérios de relevância visando a convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor para o caso.*”¹³³¹ As definições persuasivas lançam mão de adjetivações negativas com o escopo de afastar a aderência ao sentido atacado. Trazem consigo detonadores emotivos que se manifestam no receptor¹³³²,

¹³²⁷ PLEBE, Armando; EMANUELE, Pietro. *Manual de retórica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 141-142.

¹³²⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 21-26.

¹³²⁹ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem...*, p. 76-79. Warat explica que a *vagueza* refere-se à inexistência de uma regra definida quanto à sua aplicação, na qual existe uma *zona de luminosidade*, uma de *luminosidade negativa* e uma *zona de incerteza*, situada no meio dessas duas, como no caso dos calvos. A *ambigüidade* refere-se à dúvida sobre qual classe o rótulo recairá, havendo necessidade do recurso contextual (manga pode ser fruta, manga de camisa, etc).

¹³³⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 31-49.

¹³³¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 33.

¹³³² PLEBE, Armando; EMANUELE, Pietro. *Manual de retórica...*, p. 49: “As definições persuasivas não visam a conhecer a realidade, mas a dirigir o que já se conhece para conclusões gerais com um fim persuasivo.”

desqualificando, portanto, a definição impugnada¹³³³. Tal processo de redefinição está inserido na discussão sobre o real e verdadeiro, em última análise, sobre a construção da realidade jurídica. **Warat** adverte que a compreensão “*depende da aceitação da idéia de que aquilo que os filósofos e cientistas há muito chamam de ‘real’, não é senão um complexo, um fluxo, de significação, uma rede de signos, um grande tecido de escrituras intercaladas infinitamente. Deste ponto de vista, a realidade é o nome geralmente empregado no pensamento ocidental, para o traçado polifônico das versões interpretativas.*”¹³³⁴

A linguagem (des)vela o sentido que surge do ‘buraco’ originário, suturando as pretensões de sentido pleno, deslizando os *significantes* no *ato decisório*, mas que adiante se modificam, desfazem-se. O objeto ‘a’ que, segundo **Lacan**, está para além da cadeia de *significantes*, ou seja, fora do *Simbólico*, na ordem do *Real*, pode-se dizer, que muitas vezes é a ‘causa’ da decisão porque promove a repetição do *significante* do sujeito dividido pela linguagem, desde o trauma constitutivo de sua inserção no *Simbólico*.

§ 7º – O ‘um-juiz’ marginal: decidindo com sabor

“Se você acredita no sistema em que vive, luta pela preservação dos bons costumes e da moral, pensa no futuro como uma continuidade deste sórdido presente, então basta conseguir um pouco de dinheiro para ser considerado um perfeito canalha.” **Millôr Fernandes**

1 – Um novo plano para análise da construção de decisões jurídicas demanda perceber as condições extra-discursivas que co-determinam o discurso jurídico, como efeitos da política, ideologia¹³³⁵ e pré-conceitos pessoais (in)conscientes (Caps. 1º e 6º), ou seja, os determinantes conotativos que estão na origem

¹³³³ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 35: “Assim, as definições persuasivas têm a finalidade de cobrir com um manto descritivo um desacordo valorativo, que fica encoberto pela utilização de uma definição com pretensões persuasivas. A definição persuasiva, diz Carrió, é uma armadilha verbal dirigida ao receptor da mensagem.”

¹³³⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 14.

¹³³⁵ SUANNES, Adauto. A Ideologia e o Juiz. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 9, p. 80-83, 2003, p. 81. “Há algum tempo, um juiz francês veio dar uma palestra em São Paulo. Depois dela, naquele clima descontraído do jantar, regado a vinho evidentemente, disse ele que pertencia a um sindicato de juízes de esquerda. O *indiot*a aqui mostrou ar de espanto. E ele: ‘Lá, nós juizes, temos três sindicatos: um de esquerda, um de direita e um dos que não estão lá nem cá’. ‘E na hora da decisão de um processo?’, volta à carga a anta que vos escreve. O espanto agora é dele: ‘Ué, cada um decide de acordo com sua ideologia’. Cobri a tanga envergonhadamente e fui pentear minha macaca de estimação.”

semântica, colmatadas a partir do *senso comum teórico* em cotejo com a singularidade do *um-julgador*. Desse *jogo de dados* surge a decisão. A decisão equipara-se ao que **Veyne** indica como um “evento semântico”¹³³⁶, um acontecer no tempo, espaço e lugar, no qual ocorre um acerto de significantes, sendo preciso uma certa congruência narrativa, movida por condicionantes (in)conscientes materializados no ato decisório, seu limite temporal. É verdade, todavia, que a *epistemologia jurídica* acolhida pelo *senso comum teórico* substitui o ‘jogo de dados’ por um ‘baralho de cartas marcadas’ mediante o prévio estabelecimento das escolhas *conotativas* possíveis¹³³⁷, com a produção de sentidos ‘pré-dados’ (**Streck**) por suas usinas de sentido: doutrina e jurisprudência. Por isso a importância do desvelar do ‘giro da linguagem’ (Cap. 5º) no enleio das significações, numa perspectiva democrática.

Neste pensar, o ‘jurista marginal’ deve direcionar seu desejo para a luta social, minando os postos da estrutura, manejando os instrumentos dogmáticos de maneira crítica, colocando os ‘juristas de ofício’ em becos e apontando suas saídas *ad hoc*, como sustenta **Miranda Coutinho**: “Assim, nada mais resta-nos que resistir conscientemente, operando por dentro do sistema e, se for o caso, contra os seus sicários, conscientes ou não.”¹³³⁸ O ‘jurista marginal’ precisa se organizar, tendo diversas frentes de atuação, muitas delas funcionando como verdadeiros ‘agentes secretos’ (**Feyerabend**), dentro da instituição, minando suas iniciativas. Paralelamente, deve *deslocando/dançando* com a linguagem jurídica e lançando mão de argumentos retóricos e logicamente corretos, deixar os claudicantes ‘juricidas’ sem respostas. O essencial, todavia, é que se não trata de uma ‘cruzada pela salvação’, nem de inverter as posições do opressor. Para isso **Borges e Dussel** (Cap. 2º) acertaram a terra deste momento reflexivo, sendo, de qualquer maneira, uma tarefa contra a ‘turba ensandecida’¹³³⁹, conforme adverte **Warat**:

¹³³⁶ VEYNE, Paul. *Como se escreve a história*. Trad. Alda Baltar. Brasília: UNB, 1998, p. 19.

¹³³⁷ WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos...*, p. 32: “O final feliz é mentiroso. Nele esquecemos que a meta do desejo é o caminho; que a viagem é o valioso e não o momento da chegada: um lugar sem imprevisibilidades onde a segurança substitui a criatividade e as coisas acontecem como eram previstas.”

¹³³⁸ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Ensino do Direito na UFPR: Voto à Esperança...*, p. 139.

¹³³⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias...*, p. 3: “A proliferação desses desejos ébrios de vingança, do sadismo coletivo mascarado, sobrepõe o sentimento individual emotivo ao processo público de racionalização dos conflitos, invadindo, inclusive, o imaginário dos operadores do direito. Estes, formados para solucionar razoavelmente os litígios, neutralizar o ímpeto de vendeta e sublimar a retaliação, acabam por internalizar e intermediar o ódio comunitário, sendo cooptados por disciplina social extremamente autoritária, legitimadora de

De início enfrentamo-nos com o problema que nos coloca o funcionamento institucional do direito. Para assumir as bandeiras dos socialmente excluídos os juristas precisam converter-se em operadores marginais do direito. O que não é fácil. Primeiro, porque correm um risco bastante concreto de serem institucionalmente segregados. Segundo, porque lhes será bastante difícil deixar de pensar como membro de sua casta e converter-se em militante do novo. Dizendo-o em outras palavras: os juristas marginais precisam estar em contato com o totem jurídico sem serem devorados por ele. Eles precisam liberar-se do juridicismo, deixar de ser operadores anestesiados da lei. A estratégia do jurista marginal exige um permanente ‘uso transgressor do direito’ (que é muito mais que um uso alternativo dele) para buscar a permanente ampliação do espaço do desejo, exercitando o *direito à diferença*.¹³⁴⁰

2 – Essa *atividade artística interpretativa* pressupõe a possibilidade de *estilo* e produção de ‘efeitos mágicos’, desde e na linguagem. A língua é uma das facetas do *poder*¹³⁴¹ espreado pelo espaço social, servindo tanto a discursos revolucionários quanto à reprodução de discursos totalitários, deslocando-se ao gosto dos atores jurídicos sabedores de sua maleabilidade e limites. Sub-repticiamente faz aparecer significações suspensas, internas, pessoais, detonadas com o devido estímulo lingüístico. Essa possibilidade/recurso é uma poderosa ferramenta de poder¹³⁴². Esses instrumentos de dominação/emancipação astutamente explorados constróem e naturalizam o discurso e, no caso das classes dominantes, servem para escamotear a sociedade díspar/desigual¹³⁴³, sob o pálio de *discursos de igualdade perante a lei* (**Hayek**), sem discutir o que significa a lei em si. A lei é a forma de tudo o que é (in)justo. Perdem-se os referenciais reais no *grau zero da linguagem* (**Barthes**), inclusive em face do *locus* ocupado por esta nas sociedades ocidentais: como mandato do *Outro* (Cap. 1º).

verdadeira ‘política criminal do terror’. O jurista, nesse cenário, transforma-se cada vez mais em vingador privado, ao invés de atuar como prestador público de justiça.”

¹³⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 94.

¹³⁴¹ GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 153: “Da interpretação do texto surge a norma, manifestando-se, nisso, uma expressão de poder.”

¹³⁴² BARTHES, Roland. *O grau zero da escrita...*, p. 19: Assim é que “em toda escrita portanto se encontrará a ambigüidade de um objeto que é ao mesmo tempo linguagem e coerção (...) A palavra se torna um álibi (quer dizer, um alhures e uma justificação) (...) é ainda mais verdade para as escritas políticas, onde o álibi da linguagem é ao mesmo tempo intimidação e glorificação: efetivamente, é o poder ou o combate que produzem os tipos mais puros da escrita.”

¹³⁴³ BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito...*, p. 201: “É preciso, então, além do respeito pelo outro, colocar-se em seu lugar, para se chegar a uma decisão capaz de equacionar o problema pelo qual atravessam a teoria e a praxis jurídica que, indiscutivelmente, demonstra ser a segurança jurídica um mito, perigoso e perverso, pois tende a ocultar a realidade social, diurtunamente apresentada a todos, mesmo àqueles que insistem em acreditar estarem vivendo num mundo perfeito, de economia estável, de moeda forte, de consumo liberado e desenfreado. É preciso se ter em mente que o mundo não se resume às vistosas vitrenes do *shopping center*.”

Com efeito, a busca do ‘*grau zero*’ na escrita faz aparecer *palavras vedetes*¹³⁴⁴ capazes de serem tudo e nada ao mesmo tempo, prenes de significância, com seus sentidos suspensos no eterno jogo social do poder (violência simbólica dos estereótipos – **Bourdieu**), aparentemente dissociadas dessas discussões de interesses, mas confortando, astutamente, os discursos que nega/esconde. Inaugurada a cadeia de *significantes*, desliza-se.... Nesse lugar indireto, fragmentário, suspenso de sentidos projetados, o escritor/jurista deve deslocar estrategicamente, na condição de ‘*bricoler*’, o jogo dos *significantes*, diante das pretensões de validade pelos *outros* e do *Outro*¹³⁴⁵, subornando as possibilidades de sentido na busca da realização do critério material de **Dussel**¹³⁴⁶. As suspensões são atiradas no ‘mar de significantes’ tal qual uma isca para o peixe. O sucesso da pescaria depende da existência de quem segura a vara e da fome dos peixes..., sem esses elementos não se completa o processo¹³⁴⁷.

3 – **Barthes** ressalta que dentro da inocência moderna a fala divide o *poder* (pretensamente) único, entre os que têm e os que não têm, de forma equivocada. O *poder* está presente em todos os locais sociais, sem que se possa apontar um lugar ileso, absolutamente fora do *poder*, como já indicou **Foucault**¹³⁴⁸. Não é privilégio do

¹³⁴⁴ BARTHES, Roland. *O grau zero da escrita...*, p. 87.

¹³⁴⁵ BARTHES, Roland. *Crítica e verdade...*, p.15-16: “A razão está em que o sentido de uma obra (ou dum texto) não pode fazer-se sozinho. (...) o autor nunca produz mais do que presunções de sentido, temos, por assim dizer, e é o mundo que as prende.”

¹³⁴⁶ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o Direito (do Trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 38-39: “A negatividade material é a negação da *produção, reprodução e desenvolvimento* da vida da vítima. *Vida humana*, aqui, não é apenas a sobrevivência vegetativo-animal. Nem é um valor, um fim, um conceito, o horizonte ontológico do mundo, ou uma condição de possibilidade do ser racional. Vida é o modo de realidade humano vivente. É inerente à vida humana não só reproduzir-se vegetativamente, mas também se incluem necessariamente os momentos racionais, discursivos, afetivos, valorativos, etc. Mas a vida não é algo que se põe a partir de uma dada cultura, da razão, dos valores, dos fins, como uma mediação ou condição. São, ao contrário, estes que já são postos desde a vida como modo de realidade vivente humano. Desejar, alimentar-se, criar, trabalhar, raciocinar, cumprir ritos, comunicar, sofrer, deliberar, são já manifestações da vida humana concreta que materialmente constitui todos esses campos. A razão é apenas um momento desse modo de realidade, uma ‘astúcia da vida’.”

¹³⁴⁷ BARTHES, Roland. *Crítica e verdade...*, p. 20: “Toda propriedade da linguagem sendo impossível, o escritor e o homem privado (quando ele escreve) são condenados a variar desde o início suas mensagens originais, e já que ela é fatal, escolher a melhor conotação, aquela cujo aspecto indireto, por vezes fortemente retorcido, deforma o menos possível, não o que eles querem dizer mas o que eles querem dar a entender; o escritor (o amigo) é pois um homem para quem falar é imediatamente escutar sua própria fala; assim se constitui uma fala recebida (embora ela seja fala criada), que é própria fala da literatura.”

¹³⁴⁸ FOUCAULT, Michael. *A ordem do discurso*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1999, p. 8-9: “Eis a hipótese que gostaria de apresentar esta noite, para fixar o lugar – ou talvez o teatro muito provisório – do trabalho que faço: suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.”

Estado: são diversos poderes; poderes fugazes, corredios, que desaparecem aqui e aparecem/surgem acolá, numa eterna intermitência provinda de um lugar também incerto: o *Outro*. Nunca perece. O *poder* está ligado à história social dos homens, na qual a linguagem é uma legislação e a língua é o seu código, sem a pretensão fundante, eterna, sob pena de resvalar em *Metafísica*. O Direito Penal é um dos locais em que o poder aparece de maneira mais acachapante, porque significa a possibilidade de exclusão social, quando não a própria morte, diante das condições (péssimas) que apresenta na seara da Execução Penal (**Carvalho**).

Opressora, a língua oferece sua *estrutura a serviço* de um *poder*, seja ele qual for (o escritor e o juiz são mais um dos senhores, dentre outros), por ser *assertiva* e ao mesmo tempo assimilada através de *gregarismo* (o signo só existe pela repetição incessante, geradora do seu reconhecimento e reprodução, daí a formação do *estereótipo*, do *inatismo*, da *jurisprudência consolidada*). Está sempre a serviço de um sujeito – mesmo oculto – e proporciona uma relação de alienação, de irresponsabilidade – Juiz Truman – pelas decisões tomadas por mandato do *Outro*. A ilusão de neutralidade pode acalmar a falta, mas a boa-fé dos *nefelibatas* (**Lyra Filho**) não salva; existe gente morrendo! **Barthes** chega a afirmar que a língua é, nesse pensar, *fascista*. Isto porque mais que impedir que se fale algo, ela *obriga* a falar algo, escolhe os meios de expressão e confere apenas algumas *liberdades condicionais*, vigiadas pela gramática e outras leis próprias (sintaxe e semântica), sem que se possa aferir a decantada liberdade de expressão¹³⁴⁹. É, em regra, um sistema fechado, mas com a possibilidade de emancipação, já que a o aprisionamento semântico é ilusório.

4 – Para romper com esse estado de coisas ou se transcende, transforma-se imaginariamente em ‘*cavaleiros da fé*’, ‘*super-homens*’, ‘*Juízes-Hércules*’ (**Dworkin**), ou de dentro da linguagem se *desloca o significante*. Dito de outra forma, só através da visão literária (**Carcova**) é possível *enganar* a língua, readequando os *significantes*, trabalho típico de *bricoler*, e, aliando, por assim dizer, *dramaticamente*, o *saber* a um certo *sabor*, encontrar a realização do critério material¹³⁵⁰ (**Dussel**): “*Esto es, desde una interpretación que ordena las secuencias de los significantes y*

¹³⁴⁹ BARTHES, Roland. *A aula*. Trad. Leyla Perrone-Moysés. São Paulo: Cultrix, 1978, p. 15: “Na língua, portanto, servidão e poder se confundem iniludivelmente e não pode haver liberdade dentro da linguagem.”

¹³⁵⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva...*, p. 32-51.

los significados, para elegir algunos de los múltiples sentidos implicados en la trama. La trama de la novena, de la crónica o del proceso.”¹³⁵¹ Esse desvio se faz pelo jogo de palavras em que a língua é o *teatro*, exercitando-se, com saber + sabor, o trabalho de deslocamento de *significantes*; de suspensão de significância, de deslizamentos, isto é, *bricolagem*.

Desta maneira, pode-se dizer que **Barthes** prega o casamento entre essa literatura e um certo tipo de *semiologia do poder* (**Warat**) que procura descortinar as formas usuais de se enunciar a realidade, pois estas são perigosas à medida que constróem/reproduzem estereótipos e depois os transformam em *sentidos inatos*, definitivamente *grudados* nas palavras, nas construções retóricas, mesmo naquelas que um dia foram revolucionárias, criticando, por fim, a miopia da busca, sempre vã, de representar, em linguagem, a realidade. O verdadeiro, o belo, dentre outros predicados, são falas de coisas diferentes. Falta enxergar as palavras como significantes, sem metalinguagem, capazes de gerar implicações, projeções, explosões, vibrações. Reconhecer que a escrita faz do saber, com sabor, uma festa do devir!

5 – Portanto, não é assim tão importante, na busca da realidade com estrutura de ficção engendrada pela decisão judicial, a exatidão: pois realidade (pluridimensional) e linguagem (unidimensional) são corpos que jamais se encontram. **Lacan** já deixou evidenciado que o *Real* não é representável, somente demonstrável: é o indizível, o inefável, da ordem do não-todo. E é justamente através da busca desse alvo impossível que a literatura, irredutível, acaba encontrando sua vocação e, no uso de seus subterfúgios, irradia um saber mais livre (em que a própria ciência é jogada num discurso menos a serviço de uma estrutura e mais a serviço do homem), e se aproxima, num bordado de correlações não-impositivas, via *bricolagem de significantes*, de alguma forma de verdade não ontológica (*Metafísica*), como quer a ‘Filosofia da Linguagem’ (Cap. 5º).

Neste *jogo de significantes*, a capacidade de *deslocamento* (aparecer onde não se é esperado) e de *abjuração* (retratação/negação do ponto de vista anterior) é importante na hora em que o *teatro* que se cria com os *significantes* é utilizado pelo poder como instrumento *gregário*, e se transforma em *senso comum*. A tentativa de

¹³⁵¹ CARCOVA, Carlos Maria. Derecho, Literatura y Conocimiento. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos* (2001-2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 253.

aprisionar a realidade encontra diversos recursos *ad hoc*, até louquíssimos, para tentar adequar a realidade à linguagem. A literatura, bem como o Processo Penal, ao ter a realidade como objeto são irrealis e Metafísicos. Ambos são estruturados como ficção. E, dessa forma, infelizmente, o poder se apossa do gozo de escrever/julgar, concedendo pequenos espaços de repetição. Entretanto, como o *significante* e *discurso* são indivisos, coexistem e se influenciam, no jogo de *significantes* cabe desviar, construir, alinhar, enfim, realizar um trabalho de *bricolagem*. É como construir um mapa diferente para o mesmo território: o mapa nunca será o real! É o dizível da realidade: pura *bricolage*.

6 – Compete à *semiologia do poder* (**Warat**), ao ‘jurista-bricoler-marginal’, assumido ideologicamente (**Miranda Coutinho**), indispor-se em face dessa *má-fé* e *boa consciência* que caracteriza a epistemologia jurídica em geral¹³⁵², devendo trabalhar as diferenças e impedir o dogmatismo, do pregar, gregar, de se tornar o discurso universal que não é. Não existem pois, signos a-históricos, a-corpóreos, em suma científicos, mas construídos no processo de atribuição de sentido dentro de uma intersubjetividade democrática. Desprovido de possibilidade de imunização em face do *poder*, compete ao escritor/julgador compreender sua estrutura e proporcionar os deslocamentos/suspensões de sentido¹³⁵³, capazes de concretizar o princípio ético-material de **Dussel** (Cap. 2º), no qual os excluídos são reconhecidos como tal, superando-se o ‘mito da Modernidade’ diante do acolhimento da Transmodernidade de **Dussel**, conforme **Ludwig**:

A negação sistemática do princípio ético material – que tem a pretensão de universalidade – pela lógica do sistema capitalista globalizado tem como vítimas exatamente as classes populares. Da mesma forma, os consensos jurídicos hegemônicos participam da hegemonia, legitimando a lógica da dominação, gerando exclusão de grande parte das classes populares de acesso aos direitos fundamentais, inseridos na exigência básica do direito à produção, reprodução e desenvolvimento da vida concreta, num dado momento histórico e cultural de cada sujeito. Assim, julgar o paradigma epistêmico positivista da modernidade, o saber jurídico e a concepção hegemônica do direito dominante como obstáculos no caminho da transformação histórica compromissada com a *libertação e a*

¹³⁵² BARTHES, Roland. *A aula...*, p. 45. No processo judicial, o lugar do juiz, pode ser igual ao da sala de aula, entendida como uma excursão. Apesar de se ter feito outras, é necessário periodicamente renascer, fazer-se mais jovem do que se é, inserir um fantasma no ato. Romper com o dogmatismo. “A ciência pode, portanto, nascer do fantasma. É a um fantasma, dito ou não dito, que o professor [juiz] deve voltar anualmente, no momento de decidir sobre o sentido de sua viagem [processo judicial]; desse modo, ele se desvia do lugar em que o esperam, que é o lugar do Pai, sempre morto, como se sabe; pois só o filho tem fantasmas, só o filho está vivo...”.

¹³⁵³ WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem...*, p. 28.

dignidade humanas representa o necessário momento da *negatividade* como condição de possibilidade de *afirmação* do ponto de partida da crítica: as vítimas. (...) Por isso e por outras razões, é claro, necessitamos da teoria crítica para alcançar o ponto de partida originário – fundamento de uma juridicidade comprometida com a emancipação e ou libertação dos que são dominados pela lógica concreta do sistema vigente.¹³⁵⁴

Demanda, portanto, a atuação instrumental – de meios e fins – para realização do sujeito encoberto – vítima –, num movimento de solidariedade para com o *outro*¹³⁵⁵. O ‘Enunciado do Princípio da Libertação’¹³⁵⁶ deve servir de norte material das decisões penais, invertendo-se a lógica da opressão, em nome da construção de um projeto factível que desvele a real existência do *outro*¹³⁵⁷, constituindo-se o Sistema Garantista (SG) em um sendero (Cap. 8º). Deve-se, enfim, ser como um artista *bricoler*, jogando com os *significantes* como se fossem cores; fragmentando os discursos em combinações possíveis, complementadas pelo sentido apreendido; atrevendo-se a jogar “*com a aparência de verossimilhança e a com a incerteza da verdade*”¹³⁵⁸, assumindo-se, ademais, *ideologicamente*.

Sustenta **Miranda Coutinho** que:

É preciso que se tenha força, que se resgate esse valor, que não começa sendo resgatada por quem está de fora, como nós, que de dentro da Universidade podemos olhar os juízes, podemos analisar e psicanalizar os juízes, mas pouco podemos fazer, a não ser sugerir algo novo, uma postura nova. É fundamental, enfim, que essa postura comece dentro do próprio Poder Judiciário, quem sabe usando o dito poder discricionário de preencher, com referenciais semânticos

¹³⁵⁴ LUDWIG, Celso Luiz. *Prefácio*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Max Limmonad, 2001, p. 16-17.

¹³⁵⁵ BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito...*, p. 199-200: “É fundamental o juiz reconhecer-se a si próprio e reconhecer o *outro* como partes de uma única sociedade. Um juiz resolvido, engajado e comprometido com a criação do Direito pelas normas; que não se esconda mais atrás do muro do positivismo legalista e que tenha sensibilidade social suficiente a proporcionar uma vida mais digna ao seu semelhante.”

¹³⁵⁶ DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação...*, p. 585: “Aquele que opera ético-criticamente deve (está obrigado a) libertar a vítima, como participante (por ‘situação’ ou por ‘posição’ - diria Gramsci) da própria comunidade a que pertence a vítima, por meio de a) uma transformação factível dos momentos (das normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas de eticidade) que causam a negatividade material (impedem algum aspecto da reprodução da vida) ou discursivo-formal (alguma simetria ou exclusão da participação) da vítima; e b) a construção, através de mediações com factibilidade estratégico-instrumental críticas, de novas normas, ações, microestruturas, instituições ou até sistemas completos de eticidades onde essas vítimas possam viver, sendo participantes iguais e plenos.”

¹³⁵⁷ CASARA, Rubens R.R.. *Interpretação Retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179: “No plano filosófico, adere-se à ética da libertação de Dussel. Busca-se a justificação externa para o implemento do projeto constitucional na necessidade de alcançar a isonomia material com a inclusão do *outro* nos diversos planos da vida social, inclusive o jurídico. Assim, cria-se a possibilidade real do excluído mudar de papel no enredo social.”

¹³⁵⁸ BARTHES, Roland. *A aula...*, p. 40-41.

adequados e precisos (no sentido da emancipação do nosso povo), os espaços vazios deixados pela lei. É a chance que temos de tornar a Justiça efetivamente democrática.¹³⁵⁹

Nessa viagem *da* e *na* linguagem, as influências apontadas (criminológicas, inconscientes, midiáticas, ideológicas, etc.) estarão necessariamente presentes no produto resultante do processo de enunciação, ou seja, as paixões, as decepções, as felicidades, as dívidas, os julgamentos, o *inconsciente*. Essa compreensão da realidade que cerca o ‘um-julgador’, ‘ser-aí’ (**Heidegger**) é exprimível pelo texto que precisa ser mesclado com sabor, para proporcionar a fruição. Compreender essa estrutura, rever os discursos do passado, aprender o que se não se sabe, desaprendendo o que se pensou saber (com tanta certeza): essa a grande tarefa. Em suma, diz **Barthes**: “*É preciso saber perceber até que ponto se foi utilizado, eventualmente, pelo poder. E então, se nossa sinceridade ou nossa necessidade foram servilizadas ou manipuladas, penso que é absolutamente preciso ter a coragem de abjurar.*”¹³⁶⁰

¹³⁵⁹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Descrição judicial na dosimetria da pena: fundamentação suficiente. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, n. 21, p. 161, 1993.

¹³⁶⁰ BARTHES, Roland. *A aula...*, p. 27.

Conclusão

“Mas é que a verdade nunca me fez sentido. A verdade não faz sentido! É por isso que eu a temia e a temo. Desamparada, eu te entrego tudo – para que faças disso uma coisa alegre. Por te falar eu te assustarei e te perderei? Mas se eu nunca falar eu me perderei, e por me perder eu te perderia.” **Clarice Lispector**

1 – Pela construção proposta mostra-se impossível responder definitivamente ao questionamento formulado sobre como se constrói a decisão penal, dado que seria se incorrer nos equívocos apontados, ou seja, seria acreditar ilusoriamente que uma interrogação pudesse ser respondida por uma última vez. O que resta é um *sendero*, um caminho sinuoso *na e pela* linguagem, por seus *significantes*, deslizando... Contudo, reside justamente nesta falta de certeza a *esperança* do trabalho¹³⁶¹. Indica-se, democraticamente, que a decisão penal não é uma aplicação singela da lógica dedutiva de um sujeito *consciente*, mas está vinculada a múltiplos condicionantes, em parte abordados, constituindo-se, o resultado, numa possibilidade aberta, cujos atores jurídicos congregam uma responsabilidade ética material (**Dussel**) para com o *outro* e com o *Outro*.

2 – As decisões penais, pois, narram acontecimentos históricos que possuem agentes humanos como protagonistas, tanto como personagens como autores, em face das pretensões de validade arremessadas no âmbito processual discursivo (Cap. 7º) e da existência de um ato final: a *decisão*. Esses sujeitos, ao contrário do que pretende a epistemologia da *Modernidade* (Cap. 2º), além do *consciente*, operam com uma ‘outra cena’ (**Freud**), um capítulo censurado: o *inconsciente* (Cap. 1º). No ocidente a lei jurídica ocupa um local privilegiado e o Poder Judiciário, por seu mandatário – juiz –, pode ocupar o lugar do *Outro*, com os riscos daí advindos. O Direito, por sua vez, encontra-se envolto pelo *enigma* e seus *especialistas* seriam os únicos capazes de descobrir a palavra, a interpretação correta, enfim, a *verdade*, resultando, então, na hermenêutica colonizada e alienada logicamente aplicada no campo processual penal. Fortemente influenciada pela ‘*Filosofia da Consciência*’

¹³⁶¹ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MARQUES, Allana Campos. Baratta: *Aldilà* do sistema penal..., p. 111: “Ora, na utopia – como a de Baratta – reside a esperança; e é exatamente ela que encontra as maiores dificuldades em um mundo paradoxal, vazio de verdades e pleno de verdades discursivas, imaginárias, falsas.”

(Cap. 5º), a hermenêutica jurídica do *senso comum teórico dos juristas* (**Warat**) encontra-se de mãos dadas com a *verdade* fundante, alheia ao ‘giro lingüístico’, manietada por divisões ultrapassadas (objetivismo x subjetivismo, dentre outras), tornando a decisão penal em mero ato lógico, desprovido de inserção no ‘mundo da vida’, sempre em busca da ilusória ‘verdade real’. Desconhece-se, ademais, as possibilidades e limitações do próprio *paradigma* (**Khun**) jurídico que se trabalha, tomando-se, não raras vezes, uma coisa pela outra, com fins nem sempre confessáveis.

3 – Por estar o *um-julgador* desde sempre no mundo, isto é, por existir, *ser-aí* (**Heidegger**), encontra-se vinculado aos condicionantes culturais, criminológicos, midiáticos, ideológicos, inconscientes, dentre outros, que se materializam no *ato* decisório, sem que se possa, *ex ante*, fixar-se como acontecerá a decisão. A Democracia, todavia, exige limites a estes atos de *poder*, cujos efeitos se fazem sentir na aplicação de sanções (**Binder – Carvalho**), justificando-se, assim, a existência de mecanismo apto a garantir, em tese, aos indivíduos acusados – mais fracos (**Ferrajoli**) –, a legitimidade do uso do poder estatal: o *processo penal em contraditório* (**Cordero – Fazzalari**). Por ele, as condutas imputadas – ‘caso penal’ – poderão ser verificadas, com possibilidade de defesa (material), tornando, em princípio, legítimos seus comandos. Entretanto, não é qualquer processo que pode funcionar legitimamente, havendo necessidade inafastável de se construir uma processo adequado aos ditames democráticos, anteriormente delineados a partir do *Sistema Garantista* (Caps. 4º, 7º e 8º) e de uma compreensão da *Jurisdição* com o *outro* (**La Boétie**).

4 – Com efeito, os *significantes* adquiridos validamente no decorrer deste processo democrático (Cap. 7º) precisam, ao seu final e pelo *um-juiz*, ser selecionados, simplificados, articulados, organizados, para que somente então o sentido advenha, num processo de ‘*bricolagem jurídica*’. Uma decisão se diferencia de outra porque é construída por um personagem humano específico, no tempo, espaço e lugar, ou seja, em um momento histórico. E o narrador-juiz, com sua *singularidade*, congrega o papel de acertador de *significantes*. Depende dele a maneira pela qual os *significantes* produzidos serão dispostos e transitam em julgado.

Os *significantes* probatórios caminham no fio da linguagem, sem que se possa discernir, muitas vezes, os limites entre a realidade probatória e a ficção *Imaginária*, onde normalmente reside o ‘Inquisidor’ (**Cordero**), devendo-se aproximar o processo democrático do *Sistema Acusatório*. Com o mesmo material de *significantes*, procede-se a uma escolha¹³⁶² dentre várias possíveis, sem verdade fundante, nem certezas redentoras, mas com ética (**Dussel**). Constituem-se em um conjunto descontínuo de *significantes*, cujas pontes, destaques e acertos, podem ser alterados, migrando o sentido (**Barthes**). Jamais, todavia, pode-se reconstruir os fatos como aconteceram, apesar de ser sedutora a hipótese, porque a trama processual é sempre lacunar. A costura da incoerência de *significantes* é da ordem do não-todo (**Lacan**). A escolha de um modelo de Direito Penal, de interpretação, a relevância de um fato, de uma testemunha, uma prova, enfim, depende da escolha do narrador¹³⁶³ e são sempre subjetivas, movidas por fatores que refogem, demonstrou-se, da consciência plena (Cap. 9º).

5 – A pretensão da ‘verdade verdadeira’, ou seja, da decisão total, é empulhadora, por se tratar, em síntese, de uma disposição contínua, imaginária e enganadora de *significantes* capazes de adequar a acusação à decisão, somente. Por entre a decisão existe o *dito* e o *não-dito*, o *bem-dito* e o *mal-dito*, com estrutura de *ficção*, que se embrenham no *ato* decisório, numa fusão de horizontes de sentido, mostrou a ‘Filosofia da Linguagem’ (Cap. 5º). Por outras palavras, o tipo penal, a teoria de Direito Penal, as provas, não existem isoladamente, mas sim em face de um intrincado processo de atribuição de sentido (Caps. 5º, 8º e 9º). Impossível, repita-se, demonstrar tudo e a descrição da conduta é sempre da ordem do parcial. As limitações de testemunho, da prova pericial, dos *significantes*, pois, apresentam fragmentos de sentido – *significantes* – produzidos validamente e por iniciativa das partes. As tramas, versões, então, podem ser muitas e a escolha de poucos. Por isso que o *ato* decisório, para além da lógica, precisa atender às regras do jogo processual – *fair play* – e estar permeada por uma ‘ética material’ (**Dussel**) capaz de

¹³⁶² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito..., p. 185: “A opção é simplesmente uma opção, nada mais.”

¹³⁶³ BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito...*, p. 86: “Em democracia, cada um responde – e deve responder – por *seus* atos e posições porque, se for o caso, deve ter respeitado o seu espaço de agir. Afinal, é nisso que se consubstancia o respeito pela diferença, único espaço em que se pode forjar a democracia.”

temperar a lógica dedutiva leguleia e construir, com o *outro* e o *Outro*, uma decisão eticamente adequada ao ‘mundo da vida’, constituindo-se, assim, uma atividade de *bricolagem de significantes* (Cap. 9).

6 – De qualquer maneira, assumindo-se *ideologicamente* (**Miranda Coutinho**) e na perspectiva de realização do ‘critério ético material’ de **Dussel**, no processo de ‘*bricolagem de significantes*’ que a decisão penal se constitui (Cap. 9º), com os condicionantes indicados (Caps. 1º e 6º), a proposta de **Ferrajoli** e seu ‘garantismo penal’ (Cap. 4º), desde que ciente de suas limitações/adequações (Cap. 8º), se mostra como um *sendero* para o Processo Penal brasileiro que por seus *significantes*, todavia, desliza... “*De resto, meu caro, dia a dia vejo com mais clareza quão estúpido é o ato de julgar os outros pelas nossas próprias faculdades. E como eu tenho muito o que fazer comigo mesmo, e este coração é tão tempestuoso, ah, de bom grado deixo os outros seguirem seu caminho, contanto que me deixem seguir o meu.*”¹³⁶⁴

¹³⁶⁴ GOETHE, Johann Wolfgang. *Os sofrimentos do Jovem Werther*. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2001, p. 97-98.

Referências

- ABREU, Caio Fernando. *Fragmentos*. Porto Alegre: L&PM, 2002.
- ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Gazón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.
- AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios Penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: Método, 2003.
- AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Reforma Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito penal diferenciado*. Tubarão: Studium, 2002
- _____. *Direito ao Direito II*. Tubarão: Studium, 2002.
- _____. *Direito ao Direito*. Curitiba: JM, 2001.
- _____. *Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A construção social dos conflitos agrários como criminalidade. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 23-52.
- _____. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. In: *Revista Seqüência*. Florianópolis, n. 30, Florianópolis, p. 24-36, jun. 1995.
- ANNONI, Danielle. A não-prestação da justiça em um prazo razoável e a responsabilidade internacional do Estado. In: *Revista Discente – CPGD - UFSC*. n. 1. Florianópolis, p. 55-86, 2002.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

- AREND, Marcia Aguiar. Estado Policial: a resposta do poder às emergências sociais. *In: Revista Discente – CPGD - UFSC*. n. 1. Florianópolis, p. 117-139, 2002.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.
- ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARRIVÉ, Michel. *Lingüística e Psicanálise: Freud, Saussure, Hjelmslev, Lacan e os outros*. Trad. Mário Laranjeira e Alain Mouzart. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito e Século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- _____. *Advogado e Mercado de Trabalho*. Campinas: Julex, 1988.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Gramsci e o direito: reflexões sobre novas juridicidades. *In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; BORGES FILHO, Nilson. Gramsci: Estado, Direito e Sociedade: ensaios sobre a atualidade da filosofia da praxis*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995, p. 27-42.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.
- AZEVEDO, Jackson C. de. *Reforma e 'Contra'Reforma Penal no Brasil: a ilusão... que sobrevive*. Florianópolis: OAB-SC, 1999.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BACHELARD, Gaston. *A Formação do espírito científico*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BACILA, Carlos Roberto. Os princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais. *In: BONATO, Gilson (Org.). Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 75-110.
- BACON, Francis. *Novum organum*. Trad. José A. R. de Andrade. São Paulo: Abril, 1973.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

- BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.
- BARROS, Fernanda Otoni de. *Do direito ao pai*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BARTHES, Roland. *A aula*. Trad. Leyla Perrone-Moysés. São Paulo: Cultrix, 1978.
- _____. *O grau zero da escrita: seguido de novos ensaios críticos*. Trad. Mario Laranjeira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Crítica e verdade*. Trad. Leyla Perrone-Moyses. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- _____. *Elementos de semiologia*. Trad. Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1999.
- _____. *O prazer do texto*. Trad. J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- _____. *A câmara clara: nota sobre a fotografia*. Trad. Julio Castanõn Guimarães. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.
- BATISTA, Nilo. Justiça e linchamento. *In: Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 163-166, 2002.
- _____. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- _____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *In: Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 271-288, 2002.
- _____. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Díficeis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- _____. *Prefácio*. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- _____. O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel. *Revista Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5, n. 12, p. 191-192.
- BAUDRILLARD, Jean. *As estratégias fatais*. Trad. A M Scherer. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Flório de Angelis. Bauro: Edipro, 1993.
- BELOV, Graça. A garantia (constitucional) do procedimento oral no *habeas corpus*. *In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 161-178.

- BERBERI, Marco Antonio Lima. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BERGALLI, Roberto. Fallacia garantista nella cultura giuridico penale di lingua ispanica. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.) *Le ragioni del garantismo*: discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 191-198.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BINDER, Alberto M. *Introducción ao Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- _____. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*. Campomanes: Buenos Aires, 2000.
- BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização*: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Algumas controvérsias da culpabilidade na atualidade. In: FAYET JÚNIOR, Ney; CORRÊA, Simone Prates Miranda. *A sociedade, a violência e o Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 83-97.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999.
- BONATO, Gilson. A garantia constitucional do Juiz e do Promotor natural. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 157-179.
- _____. Por um efetivo 'Devido Processo Penal'. In: BONATO, Gilson (Org.). *Direito Penal e Processual Penal*: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Do país constitucional ao país neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BORGES, Jorge Luis. *Narraciones*. Madri: Cátedra, 2001.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.
- BOSCHI, Renato R.; LIMA, Maria Regina Soares de. O Executivo e a construção do Estado no Brasil: do desmonte da Era Vargas ao intervencionismo regulatório. In: WERNNECK VIANNA, Luiz. *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 195-253.
- BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *A Reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Trad. Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Francisco Alves. 1982.

BOUTOT, Alain. *Introdução à filosofia de Heidegger*. Trad. Francisco Gonçalves. Portugal: Europa-América, 1991.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n. 2.227-2-MG. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. DJ, 29 de março de 1993.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24-547-6/DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. DJ, 29 março de 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480/DF. Relator Ministro Celso de Mello. In: *Informativo do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, n. 135, 7-11 de dezembro de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão em apelação criminal n. 70004496725. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, DJ, 29 de março de 1993.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão em apelação criminal n. 70006140693. Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 12 de março de 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão em apelação criminal n. 70000907659. Relator Desembargador Sylvio Baptista. Porto Alegre, 15 de junho de 2000.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, a.9, n. 9, Curitiba, 1980, p. 171-189.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. *Garantismo Penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Nós, Juízes, Inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (Org.). *Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

CABEDA, Luiz Fernando. *A Justiça agoniza: ensaio sobre a perda do vigor da função e do sentido de Justiça no Poder Judiciário*. São Paulo: Esfera, 1998.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discrecionalidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2001.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMAÑO VIEIRA, Diego. El proceso extraordinario del nuevo CPP: un enfoque garantista. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 3, p. 22-39, 2001.

CAMARGO, Acir Bueno de. Windscheid e o rompimento com a fórmula de Celso. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 111-144.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra Editora: Coimbra, 2001.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. Chapecó: Argos, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade de leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

_____. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Trad. Santiago Sentís e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Norhfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1999.

CARCOVA, Carlos Maria. Derecho, Literatura y Conocimiento. *In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 245-254.

_____. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica: ética e Justiça*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. *In: Rivista di Diritto processuale*. Padova: Cedam, 1965, v. XX, (II série), p. 4-9.

_____. Verdade, dúvida e certeza. *In: Genesis – Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, n. 09, p. 606-609, jul./set. 1998.

_____. *A prova Civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas/SP: Bookseller, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo Penal*. São Paulo: Conan, 1997.

CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal: parte geral*. Trad. José Luiz V. de A Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 2.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *Nada mais foi dito nem perguntado*. São Paulo: Editora 34, 2001.

CARVALHO, Salo de. *Intervenção*. *In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 71.

_____. (Org.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. *In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 33-53.

_____. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. *In: CARVALHO, Salo de. Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.3-43.

_____. Práticas Inquisitivas na Execução Penal (Estudo do Vínculo do Juiz aos Laudos Criminológicos a partir da Jurisprudência Garantista do Tribunal de Justiça do RS). *In: CARVALHO, Salo de. Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 145-173.

_____. *Pena e Garantias: uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Criminalidade Econômica e Denúncia Genérica: uma prática inquisitiva. In: BONATO, Gilson. *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 203-222.

_____. O Suplício de Tântalo: a Lei 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror. In: CARVALHO, Salo de. *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 383-386.

CASARA, Rubens R.R.. *Interpretação Retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CHALMERS, Alan F. *O que é ciência, afinal?* Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o Abolicionismo como meta, admitindo-se o Garantismo como estratégia? In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos Sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 161-219.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal à luz da Constituição*. São Paulo: Edipro, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Bases para compreensão e crítica do direito emergencial. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001, p. 135-153.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

_____. *Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: WERNNECK VIANNA, Luiz. *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42.

- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COELHO, Edihermes Marques. *Direitos Humanos, Globalização de Mercados e o Garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.
- _____. *Manual de Direito Penal: parte geral: a dogmática penal numa ótica garantista*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Lógica Jurídica: uma introdução*. São Paulo: EDUC, 1992.
- COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do Futuro*. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2001.
- COMTE. August. *Curso de filosofia positiva: discurso sobre o espírito positivo, discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo*. Trad. José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril, 1973.
- COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. v. 1 e 2.
- _____. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.
- COSTA, Helena Regina Lobo; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um caso de aplicação de pena com fundamento no 'princípio do porque sim'*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 15 mar. 2004.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2002.
- CUIABANO, Renata Maciel. Ordem de mercado, eficiência e suas repercussões na atuação do juiz no processo penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 07, p. 99, 2003.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do Princípio da Legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. Elza Moreira Marcelina. São Paulo: Abril, 1973.
- DEWS, Peter. A verdade do sujeito: linguagem, validade e transcendência em Lacan e Habermas. In: SAFATLE, Vladimir (Org.) *Um limite tenso: Lacan entre a Filosofia e a Psicanálise*. São Paulo: UNESP, 2003, p. 75-105.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 106, p. 28-29, abr./jun. 1990.

DOMINGUES, Ivan. A abordagem estrutural do texto filosófico. In: DOMINGUES, Ivan; MARI, Hugo; PINTO, Julio. *Estruturalismo: memória e repercussões*. Rio de Janeiro: Diadorim, 1996. p. 137-152.

DOR, Joël. *O pai e sua função em psicanálise*. Trad. Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 119-137, 2002.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DUCLERC, Elmir. *Prova Penal e Garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Epharaim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. *Hacia una Filosofía Política Crítica*. Bilbao: Desclée, 2001.

_____. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Trad. Jaime A Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

_____. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado: psicanálise do vínculo social*. Trad. Teresa Cristina Carreteiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESTÉVEZ ARAUJO, Jose Antonio. *Um olhar a partir da Europa*. Trad. Lédio Rosa de Andrade. Tubarão: Studium, 2002.

- FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.
- FAYET, Ney. *A sentença criminal e suas nulidades*. Porto Alegre: Síntese, 1980.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1994.
- _____. La dottrina processualistica italiana: Dall'azione al proceso (1864-1994). In: *Rivista di Diritto processuale*. Padova: Cedam, 1994, v. XLIX, n. 4, (II série), p. 911-915.
- _____. Il cammino della sentenza e della cosa giudicata. In: *Rivista di Diritto processuale*. Padova: Cedam, 1988, v. XLIII, n. 5, (II série), p. 589-597.
- FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. Trad. Carlos Arthur Hawker Costa. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002.
- _____. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid: Trotta, 2001.
- _____. *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid: Trotta, 2001.
- _____. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andres Ibanez. Madrid: Trotta, 1999.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FEYRABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Odanny S. da Mota. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.
- FINK, Bruce. *O sujeito lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Trad. Maria de Lourdes Sette Câmara. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2000.
- _____. *A ordem do discurso*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1999.
- _____. *Resumo dos cursos do Collège de France*. Trad. Andrea Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- _____. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1996.
- FREIRE, Jurandir Costa. *Razões públicas, emoções privadas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

- FREIRE, Paulo. *A pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- FREUD, Sigmund. *Três Ensaio sobre a Teoria da Sexualidade*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- _____. A interpretação dos sonhos, parte I. *In: Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 15-363, v. IV.
- _____. Notas psicanalíticas sobre um relato autobiográfico de um caso de paranóia (dementia paranoides). *In: Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 15-89, v. XII.
- _____. Totem e tabu. *In: Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 21-162, v. XIII.
- _____. O 'estranho'. *In: Obras psicológicas completas*. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 235-273, v. XVII.
- _____. Os chistes e sua relação com o inconsciente. Trad. Jayme Salomão. *In: Obras psicológicas completas*. São Paulo: Imago, 1996, p. 17-219, v. VIII.
- _____. O Mal-Estar da Civilização. Trad. Jayme Salomão. *In: Obras psicológicas completas*. São Paulo: Imago, 1996, p. 73-148, v. XXI.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1999.
- GALVÃO, Fernando. *Imputação Objetiva*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Freud e o inconsciente*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- GESTA LEAL, Rogério. *Hermenêutica e Direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002.
- GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. *Richard Rorty: A filosofia do Novo Mundo em busca de mundos novos*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- GIANFORMAGGIO, Letizia (org.) *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.
- GOETHE, Johann Wolfgang. *Os sofrimentos do Jovem Werther*. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia: uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto027.doc>. Acesso em: 31 out. 2003.

_____. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social – a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Justa Causa no Processo Penal: Conceito e Natureza Jurídica. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 199-200.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMEZ, Diego J. Duquelsky, *Entre a Lei e o Direito: Uma contribuição à teoria do Direito Alternativo*. Trad. Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRAMSCI, Antônio. *Cadernos do Cárcere*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*. Trad. Beatriz Vianna Boeira. Barcelona: Paidós, 2002.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Trad. A Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1973.

HAUSER, Ester Eliana; MARTEL, Letícia. Tribunais, Magistrados e Feiticeiras na Europa Moderna. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 205-256.

HAYEK, Friedrich A. *Principios de un orden social liberal*. Trad. Paloma de la Nuez. Madrid: Unión Editorial, 2001.

_____. *Direito, legislação e liberdade*. Trad. Anna Maria Capovilla. São Paulo: Visão, 1985.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schback. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 1 e 2.

_____. *Ensaio e conferências*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2001.

_____. *Seminários de Zollikon*. Trad. Gabriella Arnhold e Maria de Fátima de Almeida Prado. São Paulo: EDUC; Petrópolis: Vozes, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HINKELAMMERT, Franz J. Pensar em alternativas: capitalismo, socialismo e a possibilidade de outro mundo. Trad. Orlando dos Reis, In: PIXLEY, Jorge (Org.). *Por um mundo diferente: Alternativas para o mercado global*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 9-22.

_____. *Crítica de la razón utópica*. Bilbao: Desclée, 2002.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Trad. Leonel Vallandro. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1.

- JORGE, Marco Antonio Coutinho. *Fundamentos da psicanálise de Freud a Lacan*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. v. 1.
- KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- _____. *A colônia penal*. Trad. Modesto Carone. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. J. Rodrigues de Menege. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, 1996.
- KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Mexico: Fontamara S/A, 1995.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O martelo das feiticeiras*. Rio de Janeiro: Rosa os Tempos, 1997.
- KRANTZ, Deise Helena. Controle social e criminalidade. In: *Revista Jurídica de Direito da UNOESC*. São Miguel do Oeste, 2001.
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1982.
- LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. Trad. J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LACAN, Jacques. *O seminário: o 'eu' na teoria de Freud e na técnica da psicanálise*. Trad. Marie Christine Laznik Penot. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. (Livro 2).
- _____. *O seminário: as psicoses*. Trad. Aluisio Menezes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. (Livro 3).
- _____. *O seminário: a relação de objeto*. Trad. Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. (Livro 4).
- _____. *O seminário: as formações do inconsciente*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. (Livro 5).
- _____. *O seminário: a transferência*. Trad. Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. (Livro 8).

_____. *O seminário: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise*. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. (Livro 11).

_____. *O seminário: o avesso da psicanálise*. Trad. Ari Roitman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. (Livro 17).

_____. *O seminário: mais, ainda*. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. (Livro 20).

_____. *Escritos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Televisão*. Trad. Antônio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

_____. *Hamlet por Lacan*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Escuta, 1986.

_____. *Os complexos familiares na formação do indivíduo: ensaio de análise de uma função em psicologia*. Trad. Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O paraíso destruído: brevíssima relação da destruição das Índias*. Trad. Heroldo Barbuy. Porto Alegre: L&PM, 1996.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEGENDRE, Pierre. *Lecciones VIII: el crimen del cabo Lortie – Tratado sobre el Padre*. Trad. Federico Álvarez. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 1994.

_____. *O amor do censor*. Trad. Aluísio Menezes. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Seriam os fundamentos da ordem jurídica razoáveis? Trad. Laurice Levy. In: *Sujeito do Direito – Sujeito do Desejo: Direito e Psicanálise*. ALTOÉ, Sônia. Rio de Janeiro: Revinter, 1997, p. 17-31.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Trad. José P. Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Pensamento selvagem*. Trad. Tânia Pellegrini. Campinas: Papirus, 1989.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na Crise Institucional Brasileira: estudo de casos – abordagem interdisciplinar*. Fortaleza: ABC, 2001.

- LIMA, Miguel M. Alves. Reflexões sobre o tema 'Violência e Justiça Criminal'. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 57-84.
- LINS E SILVA, Evandro. Discursos. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001.
- LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. Anuar Aiex. São Paulo: Abril, 1973.
- LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Trad. Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.
- LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- LOWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. Trad. Juarez Guimarães. São Paulo: Cortez, 1998.
- LUDWIG, Celso. Razão Comunicativa e Direito em Habermas. In: *A Escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba: UFPR, 1997, p. 115- 121.
- _____. Prefácio. In: p. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Max Limnonad, 2001, p. 11-17.
- LYOTARD, Jean François. *A Condição Pós-Moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.
- LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar Direito, hoje?* Brasília: Nair, 1984.
- MACCORMICK, Neil. *Derecho legal y socialdemocracia: ensayos sobre filosofía jurídica y política*. Trad. Lola González Soler. Madrid: Tecnos, 1990, p. 13-14.
- MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do Direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação*. Curitiba: JM, 1996. p.270-271.
- MAIA, Alexandre da. *Ontologia Jurídica: o problema de sua fixação teórica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

- MARCON, Adelino. *O princípio do juiz natural no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2004.
- MARIN, Isabel da Silva Kahn. *Violências*. São Paulo: Escuta/Fapesp, 2002.
- MARIS, Bernard. *Carta aberta aos gurus da economia que nos julgam imbecis*. Trad. Maria Helena Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre os fundamentos da ética: da filosofia à psicanálise. In: *Céfiso – Revista do Centro de Estudos Freudianos de Recife*, Recife, n. 14, p. 95-111, 1999.
- _____. Neoliberalismo: o direito na infância. In: *Anais do Congresso Internacional de Psicanálise e suas conexões: Trata-se uma criança*. Rio de Janeiro, Tomo II, p. 225-238, 1999.
- _____. A concepção de direito em Hobbes. In: *Doutrina*. Rio de Janeiro, p. 558-582, 1996.
- _____. Sujeitos Coletivos de Direito: pode-se considerá-los a partir de uma referência à Psicanálise? In: CARVALHO, Amilton Bueno. *Revista de Direito Alternativo*, São Paulo, n. 3, p. 79-92, 1994.
- _____. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: *Revista ANAMATRA*. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.
- _____. *A ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.
- MATOSINHOS, Déa Rita. RoboCop, o policial do futuro (O futuro da paz urbana). In: *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 197-204, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 53, p. 86-88, 2000.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDONÇA, Kleber. A não-voz do criminoso: o Linha Direta como crônica moral contemporânea. *In: Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 333-346, 2002.

MENDONÇA, Rafael. (Des)Caminhos do direito moderno e contemporâneo e horizontes de uma Transmodernidade. *In: Direito em Revista – Revista da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão*, Francisco Beltrão, v. 4, n. 6, p. 241-257, 2004.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *O visível e o invisível*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MESSUTI, Ana. *O tempo com pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1994. v. 1.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Sonhocídio: Estragos Neoliberais no Ensino do Direito ou ‘La Busqueda del Banquete Perdido’ como diria Enrique Marí. *In: Em busca dos Direitos Perdidos – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 97-108, 2003.

_____. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do Inquérito Policial. *In: Revista de Processo*, São Paulo, n. 70, p. 49-58, 1993.

_____. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às reformas processuais. *In: JURISPOIESIS – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 31-36, 2002.

_____. Glosas ao ‘Verdade, Dúvida e Certeza’, de Francesco Cernelutti, para os operadores do Direito. *In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro, 2002. p. 173-197.

_____. Crime continuado e unidade processual. *In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001. p. 195-212.

_____. *Prefácio*. *In: CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. XVII-XVIII.

_____. *Prefácio*. *In: LOPES JR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *A lide e o conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, p. 163-164, 1998.

_____. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: *Direito e Neoliberalismo: Elementos para uma Leitura Interdisciplinar*. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (et al.). Curitiba: EdIBEJ, 1996.

_____. Discrição judicial na dosimetria da pena: fundamentação suficiente. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, n. 21, p. 161, 1993.

_____. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 10, p. 47-59, 2003.

_____. Segurança Pública e o Direito das Vítimas. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 08, p. 136-144, 2003.

_____. Ensino do Direito na UFPR: Voto à Esperança. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre, n. 36, p. 137-145, 2001.

_____. Manifesto contra os juizados especiais criminais: (uma leitura de certa 'efetivação' constitucional. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347-358.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; MARQUES, Allana Campos. Baratta: *Aldilà* do sistema penal. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 103-117.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; CARVALHO, Edward Rocha. *Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro?* Disponível em: <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=28&id=974>. Acesso em: 05 mar. 2004.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada*. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.

MONDARDO, Dilsa. *20 Anos Rebeldes: o direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L. A. Warat*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Canotilho e o sujeito Moderno: ainda sobre Constituição Dirigente. *Diário da Justiça – Jornal Estado do Paraná*. Curitiba, 15 fev. 2004.

_____. Fragmento da Melancolia: aproximações sobre a glosa de ‘verdade, dúvida e certeza’ de Carnelutti. In: *Informativo Incijur*, Joinville, n. 50, p. 10-11, set. 2004.

_____. O juiz e o complexo de Nicolas Marshall. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 23 jul. 2003.

_____. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

_____. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Florianópolis: Habitus, 2002,

_____. O Juiz (Garantista) e a Execução Penal: por uma racionalidade consequencialista (MacCormick). In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 401-418.

_____. *Amante Virtual: (In)consequências no Direito de Família e Penal*. Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. Rumo à praia dos juizados especiais criminais: sem garantias, nem pudor. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 57-73

MORIN, Edgar. *Meus demônios*. Trad. Viscondes de Castilho. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

MUÑOZ CONDE. Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998.

NALINI, José Renato. *Prefácio*. In: PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção*. Campinas: Millennium, 2003. p. XIV.

NASSIF, Aramis. Reflexões Crítico-Fragmentárias sobre a Sentença Penal. In: CARVALHO, Salo de. *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 209-219.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- _____. *Bobbio e a filosofia dos juristas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.
- OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Atividade jurisdicional sob o enfoque garantista*. Curitiba: Juruá, 2002.
- _____. O Poder Judiciário na concretização do Estado Democrático de Direito após 1988. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55-74.
- OMO, Rosa del. *A face oculta da droga*. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. Campinas: UNICAMP, 1997.
- ORWELL, George. 1984. Trad. Wilson Velloso. São Paulo: Nacional, 1983.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PASOLD, Cesar Luiz. *O advogado e a advocacia: uma percepção pessoal*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1996.
- PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.
- PAVAN, Laisa. Algumas considerações sobre 'antecedentes' no artigo 59 do Código Penal. In: SANTOS, Rogério Dutra dos (Org.). *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, p. 183-185.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras – teoria e prática. In: WERNNECK VIANNA, Luiz. *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 141-194.
- PESSOA, Fernando. *Poesias*. Trad. Fernando Antonio Nogueira Pessoa. Porto Alegre: L&PM, 1996.
- PHILIPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre Direito e Psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIERCE, Charles S. *Semiótica*. Trad. Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2000.

PIMENTEL, Silvia, *et alli*. *Estupro: crime ou 'cortesia'?*: abordagem sociológica de gênero. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

PINHEIRO, José Rodrigues. *A qualidade total no Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Prisão Provisória: cautelaridade ou banalidade. *In: Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 03, p. 84-90, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1998.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIZA, Evandro. Dançando no escuro: apontamentos sobre a obra de Alessandro Baratta, o sistema penal e a justiça. *In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 93-122.

PLATÃO. *Fédon*. Trad. Miguel Ruas. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PLEBE, Armando; EMANUELE, Pietro. *Manual de retórica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à política científica ou os fundamentos da sciencia positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Garnier, 1924.

POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UnB, s.d.

_____. *A lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: UnB, 1978,

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *As motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PRADO JR, Bento. *Alguns Ensaios: Filosofia, Literatura, Psicanálise*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Campinas: Millennium, 2003.

QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas considerações críticas. In: SANTOS, Rogério Dutra dos. *Introdução crítica ao estudo do sistema penal*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p. 117-127.

QUINET, Antonio. *Um olhar a mais: ver e ser visto na Psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

_____. O número um, o único. In: QUINET, Antonio. *Na mira do Outro: a paranóia e seus fenômenos*. Rio de Janeiro: Rio Ambiciosos, 2002. p. 11-25.

RACHID COUTINHO, Aldacy. 15 anos de Constituição de direitos dos trabalhadores. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos de Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 361-386.

RAMIDOFF, Mário Luiz. A Constituição ainda constitui? In: *Ciência e Opinião*, Curitiba, p. 115-126, 2003.

_____. Direito Penal Juvenil: quem garante os jovens desta bondade punitiva. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 15, p. 151-167, 2003.

_____. *Trajetórias jurídicas: desafios e expectativas*. Florianópolis: Habitus, 2002.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência Processual Penal: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2000.

_____. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

RODRIGUEZ, César. *La Decision Judicial – El debate Hart Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Facultad de Derecho de los Andes, 1997.

ROMAN BORGES, Clara Maria. Jurisdição e amizade, um resgate do pensamento de Etienne La Boétie. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 73-108.

RORTY, Richard. *Pragmatismo: a filosofia da criação e da mudança*. Trad. Cristina Magro. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

ROUDINESCO, Elisabeth. *Por que a psicanálise?* Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

ROVER, Aires José (Org.) *Direito, Sociedade e Informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madri: Civitas, 1997.

RUBIO, David Sánchez. Acerca de la Democracia y los Derechos Humanos: De Espejos, Imágenes, Cegueras y Oscuridades. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 63-98.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001, p. 257-295.

SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

SANTNER, Eric L. *A Alemanha de Schreber: uma história secreta da modernidade*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Trad. J. Oliveira Santos. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SAURET, Marie-Jean. A criança, o amor, o sintoma. In: *Revista Marraio: Formações Clínicas do Campo Lacaniano*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 21, 2002.

SAUSURRE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. Trad. A Chelini et alii. São Paulo: Cultrix, 1989.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Sortilégio de saberes: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros (1900-1990)*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

SCKMUNCK, Romina. A. Represión de la tenencia de estupefacientes para uso personal. *In: Direito penal & Criminologia. Anais do XIII Congresso Latino-Americano, V Ibero Americano e I do Mercosul de Direito Penal e Criminologia*. Curitiba: Juruá, [s.d.]. p. 251-259.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

SERRA, Francisco. *Historia, política y derecho em Ernest Bloch*. Madrid: Trotta, 1998.

SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia: la aportación garantista de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.

SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Trad. Millor Fernandes. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. *A book of quotations*. Toronto: Dover Publications, 1998

SHOOK, John R. *Os pioneiros do pragmatismo americano*. Trad. Fábio M Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SILVA, Cyro Marcos da. *Entre autos e mundos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípio e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, n. 1, p. 607-629, 2003.

SLOTERDIJK, Peter. *Regras para o parque humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*. Trad. Susana Aguiar. Buenos Aires: Longseller, 2002.

SÓFLOCLES. *Édipo Rei*. Trad. Jonas Camargo. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SOUSA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

STEGMÜLLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea: introdução crítica*. Trad. Adaury Fiorotti. São Paulo: EPU, 1977. v. 1.

STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____. *Epistemologia e crítica da modernidade*. Ijuí: Unijuí, 1991.

_____. *Seis estudos sobre 'Ser e Tempo'*. Petrópolis: Vozes, 1988.

_____. *Melancolia*. Porto Alegre: Movimento, 1976.

_____. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. São Paulo: Duas Cidades, 1973.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao Processo Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Intervenção*. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 80-81.

_____. *Jurisdição Consitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Súmulas no Direito brasileiro: Eficácia, Função e Poder, a ilegitimidade do efeito vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUANNES, Adauto. A Ideologia e o Juiz. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 09, p. 80-83, 2003.

_____. *Os fundamentos éticos do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TARUFFO, Michele. Note sulla verità dei fatti nel processo civile. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.) *Le ragioni del garantismo*: discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 340-382.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TRAGTENBERG Maurício. *Franz Kafka – O Romancista do Absurdo*. Disponível em: http://www.espacoacademico.com.br/007/07trag_kafka.htm. Acesso em: 19 ago. 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria do Estado, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VALIENTE, Quico Tomás; PARDO, Paco. *Antología del disparate judicial*. Barcelona: Random House Mondadori, 2002.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

VEYNE, Paul. *Como se escreve a história*. Trad. Alda Baltar. Brasília: UNB, 1998.

VENTURA, Roberto Leite. *Direito Processual Penal resumido*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1974.

VERISSÍMO, Luis Fernando. *Eficiência*. Disponível em: <http://www.estado.estadao.com.br/edicao/pano/99/11/29/pol947.html>. Acesso em: 19 ago. 2003.

VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. A era do controle: introdução crítica ao direito penal cibernético. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a.93, n. 819, p. 448-456, jan. 2004.

VIEIRA, Lizt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

- VIEIRA, Luís Guilherme. *O Ministério Público e a Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Rabaço, 2004.
- VILAS BOAS, Marco Antonio. *Processo Penal completo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- VILLA, Vittorio. Garantismo e verificazionismo, validità e vigore. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.) *Le ragioni del garantismo*: discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 171-187.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o Direito (do Trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.
- WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Florianópolis: Habitus, 2002.
- _____. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.
- _____. *Por quem cantam as sereias*. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- _____. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.
- _____. *Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei e temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.
- _____. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Trad. José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- _____. *Introdução Geral ao Direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.
- _____. *O Direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Trad. Regis Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. 2.
- WEISS, Carlos. *Direitos Humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WERNNECK VIANNA, Luiz (Org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- WERNNECK VIANNA, Luiz *et alli*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WERNNECK VIANNA, Luiz. *et alli. Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. *Tractatus Lógico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Editora USP, 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.

_____. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 173-180.

WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 1-54.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ŽIŽEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem: o sublime objeto da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.